

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La naturaleza de la justicia constitucional : el ejemplo
norteamericano**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Enrique Alonso García

DIRECTOR:

Eduardo, 1923-2013, dir García de Enterría

Madrid, 2015

LA NATURALEZA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
EL EJEMPLO NORTEAMERICANO

TOMO I



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Enrique Alonso García

A Ana.

ABREVIATURAS MAS USADAS

Am J Comp L.	American Journal of Comparative Law
Am J Crim L.	American Journal of Criminal Law
Am L Rev.	American Law Review
Am U L ^R ev	American University Law Review
Black.	Black(66-67 US; 1861-1862).
BREST.	BREST, PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISION MAKING (Little, Brown & Co., 1975).
B U L Rev,	Boston University Law Review
Cal. L Rev.	California Law Review
C.J.	Chief Justice (Presidente del TS)
Case W L Rev.	Case Western Law Review
Cir.	Tribunal Federal de Circuito
Clev St L Rev.	Cleveland State Law Review
Col L Rev.	Columbia Law Review.
Cornell L Q	Cornell Law Quarterly
Cranch.	Cranch (1-9 US; 1801-1815)
Creigh L Rev.	Creighton Law Review
Dal.	Dallas (1-4 US; 1790-1800)
Dte Coll L Rev.	Detroit College Law Review
Dick L Rev.	Dickinson Law Review
Duke L J	Duke Law Journal
Emory L J	Emory Law Journal
Fla St U L Rev.	Florida State University Law Review
F Supp.	Federal Supplement
Geo L J	Goergetown Law Journal
Goe Wash L Rev.	George Washington Law Review
Ga L Rev.	Georgia Law Review
GUNTHER,	GUNTHER, CONSTITUTIONAL CASES AND MATERIALS (Foundation Press, 10 th ed., 1980)

HART & WECHSLER.Hart & Wechsler's, THE FEDERAL COURTS IN A FEDE- RAL SYSTEM (Foundation Press 2 ^a ed, 1973) cuyos autores son Bator, Mishkin, Sha- piro y Wechsler.
Harv CR-CL L Rev.Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review
Harv L Rev	Harvard Law Review
Hast Con L Q.	Hastings Constitutional Law Quarterly
How.	Howard (42-65 US; 1843-60)
Ia L Rev.	Iowa Law Review
Ind L J	Indiana Law Journal
J.	Justice (Magistrado del TS).
J Leg Educ.	Journal of Legal Education
J Pub L	Journal of Public Law
Ky L Rev	Kentucky Law Review
L & Cont Prob.	Law and Contemporary Pro- blems Review
L & Soc Rev	Law and Society Review
Md L RevMaryland Law Review
Mich L RevMichigan Law Review
Minn L RevMinnesota Law Review
Neb L Rev	Nebraska Law Review
NOWAK et al.NOWAK, ROTUNDA & YOUNG, CONSTITUTIONAL LAW (West Pub., Co., 1977)
N W L Rev	North Western Law Review
N Y U L Rev	New York University Law Review
Ohio St L JOhio State Law Journal
Or L QOregon Law Quarterly
New Eng L Rev	New England Law Review
Pet.Peters (26-41US; 1828-42)
Rocky Mt L RevRocky Mountain Law Review (Hoy University of Coloradp)

Rutg L Rev	Rutgers Law Review
S Ct	Supreme Court Reporter (West Pub. Co.)
S Ct Rev	Supreme Court Review
S Diego L Rev	San Diego Law Review
So Cal L Rev	Southern California Law Re- view
Stan L Rev	Stanford Law Review
Stat	Statutes at large
STC.	Sentencia del Tribunal Cons- titucional español
Temp L Q	Temple Law Quarterly
TRIBE.	TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIO- NAL LAW (Foundation Press, 1978)
TS.	Tribunal Supremo de los Esta- dos Unidos
UCLA L Rev	University of California-Los Angeles Law Review
U Chi L Rev	University of Chicago Law Review
U Pa L Rev	University of Pennsylvania Law Review
US.	United States Reports
USC.	United States Code
USCa.	United States Code Annotated
USLW.	United States Law Week
Wall	Wallace (68-90US; 1863-74)
Wake F L Rev	Wake Forest Law Review
Wash L Rev	Washington Law Review
Wash & Lee L Rev	Washington and Lee Law Review
Wash U L Q	Washington University Law Quarterly
Wisc L Rev	Wisconsin Law Review
Va L Rev	Virginia Law Review
Vand L Rev	Vanderbilt Law Review
Vt L Rev.	Vermont Law Review
Yale L J	Yale Law Journal

INDICE GENERAL

CAPITULO I: INTRODUCCION1

CAPITULO II: LOS INTENTOS DE DELIMITACION DE LA NATURALEZA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO ALGO DISTINTO DE LA FUNCION ADMINISTRATI- VA-LEGISLATIVA.....9

II:1.-INTRODUCCION.....9

II:2.-LA INTERVENCION JUDICIAL EN LA ADMINISTRACION COTIDIANA DE INSTITUCIONES PUBLICAS.....11

II:3.-LOS LLAMADOS JUSTICIABILITY CASES: UN INVENTO DEL TRIBUNAL BURGER PA- RA EVITAR EL CONTROL APRIORISTICO DE OTROS PODERES FEDERALES BAJO LA IDEA DE QUE ESOS CONTROLES SE EX- CEDEN DEL CONCEPTO DE JURISDICCION....85

II:4.- LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLITICAS..... 98

II:5.-CONCLUSION.....125

CAPITULO III: LOS EFECTOS FORMALES DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....183

III:1.-INTRODUCCION.....183

III:2.-LAS DIVERSAS LINEAS JURISPRU- DENCIALES.....184

A.-LA "INVALIDACION" DE LAS LEYES.....184

B.-NULIDAD TOTAL O PARCIAL.....190

C.-ANULACION DE LAS LEYES O DE SU APLICACION.....195

D.-EXTENSION V. INVALIDACION.....202

E.-RETROACTIVIDAD V. PROSPECTIVIDAD.....219

III:3.-EL PROBLEMA COMUN: LA FALTA DE GUIA.....	229
---	-----

CAPITULO IV: EL NUCLEO DEL PROBLEMA: LAS

<u>FUENTES INTERPRETATIVAS.....</u>	<u>269</u>
-------------------------------------	------------

IV:1.-LAS CRISIS DE CONFIANZA EN EL TS.....	269
---	-----

IV:2.-EL INTENTO MAS CELEBRADO DEL METODO JURIDICO: LOS PRINCIPIOS NEUTRALES.....	272
--	-----

IV:3.-EL TEXTO CONSTITUCIONAL.....	311
------------------------------------	-----

IV:4.-LOS ANTECEDENTES HISTORICOS Y LA INTENCION DE LOS CONSTITUYENTES.....	322
--	-----

IV:5.-LAS RESTANTES FUENTES TRADICIONAL- MENTE JURIDICAS.....	337
--	-----

A.-El precedente como fuente: el prin- cipio de Stare Decisis.....	338
---	-----

B.-La Razón como fuente normativa.....	352
--	-----

C.-El Derecho Natural como fuente.....	422
--	-----

D.-La Jurisprudencia de los valores.....	449
--	-----

E.-La Estructura de la Constitución como fuente interpretativa.....	547
--	-----

F.-La aplicación de la Jurisprudencia de intereses.....	569
--	-----

IV:6.-LAS FUENTES MAS TIPICAMENTE ANGLO- SAJONAS O ESPECIFICAMENTE NOTEAME- RICANAS.....	597
--	-----

A.-La Constitución no escrita, la histo- ria inglesa y el common law ingles y federal norteamericano como fuente.....	597
---	-----

B.-El Derecho de los 50 Estados.....	630
--------------------------------------	-----

IV:7.-LAS DOS FUENTES QUE MAS APROXIMAN EL PROCESO DE ADJUDICACION AL PROCESO LEGISLATIVO.	649
---	-----

A.-La jurisprudencia política.....	649
------------------------------------	-----

B.-La jurisprudencia empírica.....	708
------------------------------------	-----

CAPITULO V: LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS

<u>WELFARE RIGHTS O EL NUDO DE LAS ENCRUCIJADAS.....</u>	<u>902</u>
--	------------

<u>CAPITULO VI: AMODO DE CONCLUSIONES.....</u>	<u>1018</u>
--	-------------

INDICE

CAPITULO I: INTRODUCCION

NOTAS AL CAPITULO I	6
-------------------------------	---

CAPITULO II: LOS INTENTOS DE DELIMI- TACION DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO ALGO DISTINTO DE LA FUNCION ADMINISTRATIVO- LEGISLATIVA

II:1.- <u>INTRODUCCION</u> ,	9
II:2.- <u>LA INTERVENCION JUDICIAL EN LA ADMINISTRA-</u> <u>6ION COTIDIANA DE INSTITUCIONES PUBLICAS</u>	11
A.- <u>LOS PRECEDENTES: "REMEDIES" CONSTITUCIONALES</u> <u>EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX, LA JURIS-</u> <u>PRUDENCIA RELATIVA A LOS BONOS MUNICIPALES DE</u> <u>DEUDA PUBLICA</u>	11
A:1.- <u>Introducción</u>	11
A:2.- <u>El Repaso de la jurisprudencia</u>	12
A:3.- <u>El auténtico fundamento</u>	29
a) El uso de interventores judiciales a finales del siglo XIX.	31
b) Las fuentes del derecho de los "remedies" en un sistema federal.	33
c) La regla del "remedy" suficiente en derecho y la interpretación judicial de hechos.	41
d) La naturaleza de la potestad tributaria.	43
A:4.- <u>Conclusiones</u>	46
B.- <u>LA JURISPRUDENCIA RECIENTE QUE INTENTA PONER</u> <u>LIMITES AL INTERVENCIONISMO DE LOS JUECES AL</u> <u>AMBARO DE LA CONSTITUCION</u>	49
B:1.- <u>Introducción</u>	49
B:2.- <u>Areas que comprende el intervencionismo</u>	50
B:3.- <u>¿En qué consiste la actuación judicial?</u>	51
A)- <u>Escuelas</u>	53
B) <u>Instituciones Mentales</u>	54

C) Prisiones.	55
D) Empleo.	55
E)Distritos Electorales.	56
F) Vivienda.	56
B:4.- <u>La intervención del TS.</u>	57
A)Introducción.	57
B)El derecho sustantivo.	59
C)El Control del "remedy" por el TS.	66
a)Escuelas.	68
b) Prisiones.	71
c) Empleo.	72
d) Distritos Electorales.	73
e) Vivienda.	75
f) Instituciones mentales.	76
B:5.- <u>A Modo de Conclusión.</u>	76
B:6.- <u>La Respuesta Doctrinal a esta Jurisprudencia.</u> ..	81
II:3.- <u>LOS LLAMADOS JUSTICIABILITY CASES: UN INVENTO</u> <u>DEL TRIBUNAL BURGER PARA EVITAR EL CONTROL</u> <u>APRIORISTICO DE OTROS PODERES BAJO LA IDEA</u> <u>DE QUE ESOS CONTROLES SE EXCEDEN DEL CONCEP-</u> <u>TO DE JURISDICCION.</u>	85
A.-LAS CATEGORIAS CLASICAS ACERCA DE LA AUSENCIA DE JURISDICCION.	86
A:1.- <u>La Jurisdicción de certiorari y de</u> apelación.	86
A:2.-Advisory Opinions.	88
A:3.-Standing.	88
A:4.-Ripeness.	89
A:5.-Mootness.	89
B.-LOS LLAMADOS JUSTICIABILITY CASES.	91
C.-SU ANOMALIA RESPECTO DE TODOS LOS PRINCIPIOS HASTA ENTONCES VIGENTES.	94
D.-¿CUAL ES EL FUNDAMENTO DE ESA ANOMALIA ?.	96
II:4.- <u>LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLITICAS.</u>	98
A.-INTRODUCCION.	98
B.-EL DEBATE HAND-WECHSLER.	98
C.-LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES WARREN Y BURGER.	100

D.-LA INTERPRETACION DE ESA JURISPRUDENCIA.	103
D:1.-La doctrina sigue existiendo.	103
D:2.-El reconocimiento de su múltiple fundamento,.	105
D:3.-La introducción de dos nuevos fundamentos en Gilligan.	107
D:4.-¿Cuál es, en definitiva, el fundamento y y la explicación de la existencia de la doctrina de las cuestiones políticas?.	109
E.-PEQUEÑA NOTA ACERCA DE LA TERMINOLOGIA DE "POLITICAS"DE LA DOCTRINA	120
F.-PEQUEÑA NOTA ACERCA DE LA DOCTRINA DE LOS "ACTS OF STATE" (ACTOS DE ESTADO).	121
II:5.- <u>CONCLUSION</u>	125
NOTAS AL CAPITULO II.	127

CAPITULO III: LOS EFECTOS FORMALES
DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIO-
NALIDAD

III:1.- <u>INTRODUCCION</u>	183
III:2.- <u>LAS DIVERSAS LINEAS JURISPRUDENCIALES</u>	184
A.- LA "INVALIDACION" JUDICIAL DE LAS LEYES.	184
B.-NULIDAD TOTAL O PARCIAL.	190
C.-INVALIDACION DE LEYES "ON THEIR FACE" O "AS APPLIES" (DE LA LEY O DE SU APLICACION).	195
C:1.- La "overbreath doctrine".	196
C:2.- La "void for vagueness doctrine".	200
D.-EXTENSION VERSUS INVALIDACION.	202
E.-LA RETROACTIVIDAD O PROSPECTIVIDAD DEL CAMBIO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.	219
III:3.- <u>EL PROBLEMA COMUN: LA UNICA GUIA APARENTE</u> <u>ES EL ARTICULO III</u>	229
NOTAS AL CAPITULO III.	237

CAPITULO IV: EL NUCLEO DEL PRO-
BLEMA: LAS FUENTES INTERPRETATI-
VAS

IV:1.- <u>INTRODUCCION: LAS CRISIS CICLICAS DE CONFIANZA</u> <u>EN EL TS Y SU ENLACE CON EL TEMA DE LA LEGITIMI-</u> <u>DAD. EL DISTINTO CARIZ DE LAS CRISIS PROVOCADAS</u> <u>POR LOS TRIBUNALES WARREN Y BURGER.</u>	269
IV:2.- <u>EL INTENTO MAS CELEBRADO DEL METODO JURIDICO:</u> <u>LA IMPOSIBILIDAD EXISTENCIAL DE LOS PRINCIPIOS</u> <u>NEUTRALES.</u>	272
A.- ¿QUE DIJO WECHSLER EN REALIDAD ?	272
A:1.- Las decisiones judiciales deben razo- narse	273
A:2.- Debe hacerse en todas las fases del proceso seguido para llegar al resultado,	273
A:3.- Las sentencias deben obedecer a principios	274
A:4.- Los principios deben ser neutrales y generales.	274
B.-INTERPRETAR A WECHSLER: TAREA DIFICIL.	277
C.-LA PARTE VALIDA DE LA TEORIA DE LOS PRINCI- PIOS NEUTRALES.	306
D.-LOS LIMITES DE LOS PRINCIPIOS NEUTRALES.	309
IV:3.- <u>EL TEXTO CONSTITUCIONAL.</u>	311
A.- LA LIMITACION PRIMARIA DEL TEXTO.	311
B.- LA TEORIA DE LAS DOS CLAUSULAS.	312
C.- EL LLAMADO ABSOLUTISMO.	314
D.- EL INTERPRETATIVISMO DE J. BLACK.	316
IV:4.- <u>LOS ANTECEDENTES HISTORICOS Y LA INTENCION</u> <u>DE LOS CONSTITUYENTES.</u>	322
A.-INTRODUCCION.	322
B.-EL USO CONCRETO DE LA HISTORIA POR EL TS.	324
C.-LAS CORRIENTES A FAVOR Y EN CONTRA DEL ORIGINALISMO.	328
D.-PEQUEÑO EPILOGO ACERCA DE LA TEORIA DE LOS DOS TIPOS DE CLAUSULAS.	335
IV:5.- <u>LAS RESTANTES FUENTES TRADICIONALMENTE</u> <u>JURIDICAS.</u>	337

A.-EL PRECEDENTE COMO FUENTE: EL PRIN-

CIPIO DE STARE DECISIS..... 1. 338

A:1.-Introducción. 338

A:2.-Los fundamentos del principio. 343

A:3.-El moderno replanteamiento del tema. 347

B.-LA RAZON COMO FUENTE NORMATIVA. 352

B:1.- Introducción. 352

B:2.-El silogismo como argumento en sí mismo. . . . 354

B:3.-Thayer y la racionalidad como parámetro de la constitucionalidad. 358

B:4.-La racionalidad como medida de la constitucionalidad 359

a) ¿En qué consiste la racionalidad?. 360

b) La aplicación por el TS del test de la racionalidad. 362

1) Poderes federales implícitos. 362

2) Substantive due process económico. 362

3) El principio de igualdad

a) La vieja equal protection. 364

b) La nueva equal protection. 367

c) El resurgir del test con el tribunal Burger 369

4) El test de la racionalidad en otras cláusulas... 375

a) EL moderno substantive due process. 375

b) Las relaciones federales y la doctrina de la alternativa menos gravosa. 377

c) La polémica en torno a la racionalidad. 381

1) El fundamento de la crítica: el control de la finalidad de las leyes. 383

2) "Motives" y "Purposes". 384

3) La reciente admisión por el TS de los "motives" como objeto del enjuiciamiento constitucional, 389

4) Interpretación de la reciente jurisprudencia: 407

a) La inconveniencia de introducir el análisis de la motivación. 408

b) La imposibilidad de averiguación de la voluntad legislatoris. 408

c) La acusación de irrealidad. 409

5) La defensa del test de la racionalidad, , . . . 411

6) Una aplicación coherente de la cláusula de igualdad?. 418

C.- EL DERECHO NATURAL COMO FUENTE DE INTERPRETACION	422
C:1.-Introducción.	423
C:2.-La influencia del Derecho Natural en la Constitución Norteamericana.	423
C:3.-Coke y Blackstone.	424
C:4.-La Magna Charta y el Derecho Natural.	425
C:5.-La teoría de los derechos naturales adquiri- dos.	426
C:6.-Otras manifestaciones iusnaturalistas en la misma época.	436
C:7.-El Derecho Natural como fundamento del due process, la incorporación.	439
C:8.- A modo de conclusión.	444
D.-LA JURISPRUDENCIA DE LOS VALORES	449
1)Introducción.	449
2)La teoría de las preferred freedoms.	450
3)La extensión de la teoría: la nueva igualdad.	452
4)El gran florecimiento: la resurrección del subs- tantive due process en los rights of privacy and pers ^{on} hood.	453
5)Otros valores sustantivos.	455
6)Las fuentes de los valores o intereses.	456
7)El problema de la novena enmienda.	467
8)Las cláusulas de privilegios e inmunidades.	469
9)La defensa doctrinal de la teoría de los valores.	472
a)Introducción.	472
b)Tribe.	473
c)Perry.	478
d)Tushnet.	485
10)Las fuentes paralelas.	490
a)Introducción.	491
b)La Tradición.	491
c)La filosofía moral.	493
d)Pequeña alusión a la doctrina como fuente.	499
11)La gran crítica a los valores sustantivos en pro de los adjetivos: Ely.	501
12)La respuesta a Ely.	514
13)La tesis procedimentalista de Linde.	522

14) Las nuevas escuelas anglosajonas analítica y de Derecho Natural.	525
a) Introducción.	525
b) Hart.	525
c) Fuller.	528
d) Dworkin.	534
15) La vuelta a Hart como crítica básica de todas las teorías de los valores: Las normas preconstitucionales de Kay.	539
16) Pequeña nota acerca de la analítica lingüística.	541
E.-LA ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCION COMO FUENTE.	547
1) Introducción.	548
2) La configuración de competencias estatales y federales.	548
3) La delegación.	553
4) La "void for vagueness doctrine".	554
5) Las reservas de fuentes normativas.	555
6) La acción pública: La llamada state action.	559
7) El método estructural: algo excepcional.	561
8) El estructuralismo relanzado: C.Black.	562
F.-LA APLICACION DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES.	569
1) Introducción.	569
2) El balancing como método aplicable a la resolución de casos concretos,	571
a) El privilegio ejecutivo.	572
b) El más reciente procedural due process.	573
c) La cláusula expropiatoria.	575
d) La cláusula de comercio "negativa".	577
e) La nueva igualdad.	580
f) La libertad de expresión.	582
3) El balancing como único método cuando se oponen dos principios constitucionales,	587
4) Las principales críticas contra el contrapeso de intereses.	589
5) La jurisprudencia de intereses en sentido amplio	593
IV:6.- <u>LAS FUENTES MAS TIPICAMENTE ANGLOSAJONAS O ESPECIFICAMENTE NORTEAMERICANAS.</u>	597
A.-LA CONSTITUCION NO ESCRITA? LA HISTORIA INGLESA Y EL COMMON LAW INGLÉS Y FEDERAL NORTEAMERICANO.	597

1)Introducción.	597
2)La influencia de la Constitución inglesa en la norteamericana.	597
3)La influencia en la interpretación de la Constitución.	599
a)Los términos que provienen del common law. . .	600
b)Los proceaso procedimientos tradicionales ingleses como procedimientos debidos.	601
c)El substantive due process.	608
d)La Constitución en sí misma como common law: El Derecho Procesal Penal Constitucional. . .	601
e)El common law y los remedies.	616
f)El propio common law norteamericano como fuente constitucional.	618
4)A Modo de conclusión.	621
B.-EL DERECHO DE LOS CINCUENTA ESTADOS.	630
1)El derecho estatal como common law o como práctica.	630
2)La especialidad del Derecho Constitucional Estatal: Un excelente laboratorio.	632
3)El desarrollo estatal del Derecho Constitucional Federal.	644
IV:7.- <u>LAS DOS FUENTES QUE MAS APROXIMAN EL PROCESO DE AD-</u> <u>JUDICACIÓN AL PROCESO LEGISLATIVO: LAS LLAMADAS</u> <u>JURISPRUDENCIAS POLITICA Y EMPIRICA.</u>	649
A.- LA LLAMADA "POLITICAL JURISPRUDENCE".. . . .	649
1)Introducción.	649
2)La solución jurídica de conflictos políticos. . .	650
3)El "policy making" del TS como equivalente a la constitucionalización de valores.	652
4)La policy-oriented school of jurisprudence. . . .	653
5)El enfoque de Miller.	663
6)La propuesta de Choper.	667
7)Los restantes enfoques.	669
a)La política de grupos.	670
b)Los estudios behavioristas.	672
c)La interrelación de órganos políticos.	673
d)A modo de pequeño resumen.	674
8)La política como parte del método interpretativo.	675
a)La filosofía política como fuente.	676

b)El TS como un poder público en interrelación con los demás.	677
c)El uso de alternativas por el TS.	681
d)La oportunidad de una sentencia como criterio delimitador del fallo	696
9)Conclusiones.	698
B.-LA JURISPRUDENCIA EMPIRICA: LAS CIENCIAS NATURALES Y SOCIALES COMO FUENTES DE NORMAS CONSTITUCIONALES 708	
1)Introducción.	708
2)El origen histórico de esta jurisprudencia.	709
3)La multiplicación del uso de las ciencias extrajurídicas.	711
4)El valor jurídico de las ciencias empíricas.	715
a)La polémica de la nota 11 de <u>Brown</u>	717
b)El control de los hechos determinantes,	718
c)Las ciencias empíricas como determinantes del contenido de los conceptos jurídicos indeterminados.	726
5)La respuesta doctrinal frente a esta jurisprudencia.	
a)La preocupación procedimental	732
b)La preocupación sustantiva.	734
6)Pequeña nota acerca de la doctrina de las presunciones legislativas iuris et de iure.	737
NOTAS AL CAPITULO IV.	739

CAPITULO V: LOS WELFARE RIGHTS O
EL NUDO DE LAS ENCRUCIJADAS

V:1.- <u>INTRODUCCION</u>	902
V:2.- <u>LA JURISPRUDENCIA Y EL ORDENAMIENTO LEGAL HASTA EL MOMENTO</u>	903
A)PRE-DELIMITACION CONCEPTUAL.	904
B)LOS INTERESES FUNDAMENTALES ACTUALMENTE RECONOCIDOS.	905
1)Acceso a la justicia.	905
2)Derecho de voto.	908
3)El libre movimiento interestatal.	909

C) EL NO RECONOCIMIENTO DE OTROS INTERESES FUNDAMENTALES.

TALES.	912
1) Los servicios públicos básicos.	912
2) La vivienda y el urbanismo.	914
3) Los derechos de los funcionarios al trabajo y a la estabilidad en el empleo.	920
4) El derecho a la educación.	927
5) El derecho a las prestaciones de la seguridad social.	932
a) El esquema legal.	932
b) La protección más débil: procedimientos.	933
c) La distinción derecho-privilegio.	934
d) Dandridge o el gran rechazo.	936
e) El test de mera racionalidad.	938
f) Los tests intermedios de constitucionalidad.	940
a') Discriminación por razón de sexo y welfare rights.	941
b') La filiación y los welfare rights.	943
c') La extranjería y los welfare rights.	944
d') La teoría de la presunciones iuris et de iure del legislador y los welfare rights.	945
g) Las incongruencias de su combinación con los supuestos de examen estricto de constitucionalidad.	946
h) El federalismo, la inmunidad de jurisdicción y la separación de poderes como principios sustantivos para la ordenación del gasto público.	949

D) LA INTERPRETACION DE LA JURISPRUDENCIA. 952

1) Las hipotéticas fuentes constitucionalizadoras.	953
2) Los problemas institucionales.	965
a) ¿Como administrar los welfare rights ?	965
b) ¿Ordenar los créditos presupuestarios ?	967
c) ¿Imposición de deberes (v. derechos) ?	969
3) La constitucionalización de los welfare rights sin la creación judicial de la prestación.	970
a) La petrificación de derechos de rango legal.	970
a') La nueva propiedad de Reich.	971
b') El alcance de la 'state action'.	972

b)El procedural due process como vehículo para la constitucionalización de los welfare rights.	974
c)Los welfare rights como meros principios in- terpretativos.	978
NOTAS AL CAPITULO V.	981

CAPITULO VI:A MODO DE CONCLUSIONES

NOTAS AL CAPITULO VI.	1024
-------------------------------	------

I.- INTRODUCCION:

El tema de la presente tesis surgió como consecuencia de la constante reiteración de opiniones diversas acerca de la naturaleza de la justicia constitucional, reiteración porque tanto opiniones como la de Schmitt acerca de la politización de la justicia (1), como la de Stern, acerca de su carácter jurídico (2), o la del propio Kelsen, carácter jurídico pero legislativo (3), -- tienen hoy sus respectivos seguidores. Y el tema no es banal porque de la justicia constitucional depende en gran medida una aplicación efectiva de la constitución y el acento sobre uno u otro carácter determinará la legitimidad de esa aplicación.

Nada mejor para comprobar el respectivo acierto o error de cada una de las hipótesis que examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más antiguo: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (T.S.).

Sin embargo, se hacen necesarias varias precisiones:

- 1º) Aunque existe una cierta tendencia a vincular Derecho Constitucional-Jurisprudencia Constitucional, ni siquiera en Norteamérica se pretende tal afirmación de modo absoluto. Sólo en 1958 el propio T.S. se atrevió a asumir expresamente el papel de último guardián de la Constitución (4). Actualmente se observa sin embargo en la doctrina constitucional norteamericana la tendencia a recordar de vez en cuando que la jurisprudencia no abarca todo el Derecho Constitucional, aunque sí gran parte del mismo (5). De hecho aquellas áreas del Derecho Constitucional que no abarca la jurisprudencia deben su autonomía, sin embargo, a que el T.S., utilizando varios mecanismos a los que haremos referencia más adelante, decide o bien no entrar en el asunto o bien, entrando en el fondo, reconocer la competencia de otro órgano constitucional, o, también, al hecho de que no se planteó nunca litigio alguno acerca de estos sectores concretos.

Resulta obvio que el ordenamiento jurídico, incluido el

jurídico-constitucional, tiene una efectividad independiente de su plasmación en sentencias judiciales. Pero esa efectividad está siempre potencialmente sometida al imperio judicial, al menos en los Estados de Derecho, - por lo que la pretendida "escapada" de la judicialización ocurre en cierto modo porque basta la mera existencia de la potencialidad de judicialización para que la Constitución, o el resto del ordenamiento, se imponga - como efectiva.

Por otra parte, esta tesis tiene por objeto precisamente estudiar la naturaleza de la justicia constitucional, por lo que parte de ella estará precisamente dedicada a examinar hasta qué punto el T.S. es árbitro final o hace dejación de su jurisdicción y, naturalmente, los motivos de que esto se produzca.

- 2º) No pretende esta tesis estudiar directamente el tema de la legitimidad de la justicia constitucional. Este aspecto tiene una doble vertiente. Por una parte está el tema de si los "Framers" (6) previeron o no el judicial review en la elaboración de la Constitución. Remito al lector a la obra de Beard y a las polémicas posteriores, en un tema cuya verdad quizás no logre averiguarse nunca con toda certeza (7). Por otra, el tema de si el judicial review es o no democrático, tema realzado y puesto sobre la mesa por primera vez, en sentido afirmativo, - por Rostow (8) que respondía así a la dinámica de self-restraint que la difusión de la obra de Thayer pusiera de moda a finales del siglo XIX (9). Ello no obsta empero a que el problema de la legitimidad aflore constantemente, sobre todo en la tercera parte de este trabajo, al estar íntimamente ligado al proceso de interpretación constitucional ya que si el método es jurídico, se entiende que el judicial review es legítimo, mientras -- que si el método es político, o legislativo, se trataría de una usurpación de poder al atribuir el T.S. a la Constitución lo que sólo los jueces dicen en realidad.

3º) Para el análisis de la naturaleza de la justicia constitucional en Norteamérica me he basado casi exclusivamente en la jurisprudencia de los Tribunales Warren (10) y Burger (11); y ello por 3 razones:

La primera es puramente cronológica. El interés que pue dan suscitar los casos resueltos por el T.S. en este último cuarto de siglo es mucho mayor que el que suscita- ría la jurisprudencia anterior.

En segundo lugar, el hecho de que los dos han sido tri- bunales "activistas", en dos sentidos bastante opuestos permite mucho mejor el análisis de los métodos de inter- pretación (12).

En tercer lugar, porque tanto el Tribunal Warren como - el Tribunal Burger han dado lugar al mayor replantamien to doctrinal del problema del método que se ha conocido desde el ataque de la sociological jurisprudence al po- der judicial de la era anterior al New Deal. En pala- bras de Tushnet (13), "la última gran era de la teoría constitucional comienza con la Holmes Lecture de Herbert Wechsler (14) y el trabajo temprano de Alexander Bickel (15), pero esa época se consumió a principios de los -- años sesenta dedicándose a partir de entonces la doctri na constitucionalista a desarrolar las implicaciones de los 'valores neutrales' "(16). Pero a partir de la segun da mitad de los años setenta la polémica ha recobrado - una inusitada virulencia en la que han convergido postu ras totalmente opuestas todas ellas de grandes profesores. Berger, Ely, Tribe, Perry, Cox,... etc. presentan matices totalmente contradictorios de justificación o de ataque a la labor del T.S. con el método como punto de partida. El debate se encuentra hoy en pleno apogeo, estando pendientes de publicación obras ya anunciadas, y esperadas con ansiedad. Este diálogo T.S.-doctrina ha - sido y seguirá siendo uno de los más fructíferos del -- constitucionalismo Norteamericano.

De todas formas el énfasis en la jurisprudencia reciente no obsta para que cuando sea necesario retrocedamos con toda libertad al examen de la jurisprudencia anterior.

- 4º) El plan de trabajo ha estructurado el tema básico -la naturaliza de la justicia constitucional- en tres grandes apartados.

El primero de ellos intenta recoger la moderna línea jurisprudencial que ha puesto límites a la actuación material de los jueces en la administración diaria de instituciones o programas públicos, bien limitando la propia jurisdicción de los tribunales, bien rechazando las demandas tras entrar en el fondo, todo ello apoyado en tres principios abstractos como el de federalismo, la separación de poderes y la definición de una función jurisdiccional sustantiva.

Se hace necesario por su semejanza con este tema un análisis de las sentencias y doctrinas recientes acerca de las llamadas "cuestiones políticas", tema clásico en el estudio de la jurisprudencia constitucional Norteamericana desde que éstas nacieron en el mismo caso que creó el judicial review, Marbury v. Madison (17).

La segunda parte enfoca el tema desde la clásica perspectiva europea de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad: la simple inaplicación de la ley, nulidad parciales, sentencias interpretativas, prospectividad-retroactividad y extensión-invalidación de las leyes declaradas inconstitucionales por discriminatorias.

La tercera parte plantea el tema desde la órbita típicamente norteamericana, órbita a la que no preocupa tanto el tema de los efectos generales-particulares de las declaraciones de inconstitucionalidad como el de las fuentes a las que el T.S. recurre para dar contenido a los conceptos jurídicos generalmente muy indeterminados de la Constitución Norteamericana.

Un breve apartado final, el de la constitucionalización (?) de los llamados Welfare rights ilustra las diversas líneas jurisprudenciales en un tema donde convergen casi todos los anteriores: el problema de los jueces administradores, el de la muy difícil extensión de los derechos de carácter prestacional y el de las fuentes a través de las cuales podría operarse la constitucionalización de estos derechos, método que muestra la muy útil distinción entre la operatividad de los principios normativos y la de los principios interpretativos en el -- proceso de constitucionalización de derechos en general.

- 6 -

NOTAS AL CAPITULO I

- (1) "Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia Constitucional es una contradicción en los términos". SCHMITT, DAS REICHSGERICHT -- ALS HÜTER DER VERFASSUNG, citado en GARCIA DE ENTERRIA, LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Ed. - Civitas, 1981), pág. 159.
- (2) "Jurisdicción sobre materia política no es lo mismo que jurisdicción política en el sentido de jurisdicción que sigue el tipo y el método de la decisión política. Continúa siendo jurisdicción según el tipo y el método de la decisión judicial de litigios". STERN, DAS STAATSRRECHT II, pág. 957, - citado en GARCIA DE ENTERRIA, Supra nota 1, pág. 178, n. -- 119.
- (3) Véase, en general, Kelsen, La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution, en Revue du Droit Public, págs. 275 y ss. (1929).
- (4) Cooper v. Aaron, 358 US 1, 17 (1958): "El poder judicial federal es supremo en la exposición del Derecho Constitucional". Parte de la doctrina lo considera como mero obiter dictum. Véase, por ejemplo, GUNTHER, pág. 32.
- (5) Véanse, a modo de ejemplo, Jones, The Brooding Omnipresence of Constitutional Law, 4 Vt. L. Rev. 1 (1979); Grey, Constitutionalism: An Analytic Framework, en NOMOS XX, CONSTITUTIONALISM (Pennock & Chapman ed. 1979), pág. 189 y ss.; o - Miller, The Elusive Search For Values In Constitutional Interpretation, 6 Hast. Con. L. Q. 487, 490-96 (1979).
- (6) Normalmente me referiré a ellos como los constituyentes por que los "Framers" no son sólo los padres de la Constitución en su versión original más el Bill of Rights, sino que en el lenguaje constitucional norteamericano se designa igualmente como "Framers" a los constituyentes de todas y cada una

de las enmiendas.

- (7) BEARD, THE SUPREME COURT AND THE CONSTITUTION, (1912, Reedi-
ción de 1938). Sobre la significación de esta obra y la po-
lémica posterior véase la introducción al mismo por Alan F.
Westin en la edición de la obra por Prentice-Hall Inc., en
1962, introducción que lleva por título Charles Beard and -
American Debate Over Judicial Review, 1790-1961, pág. 1-34.
- (8) Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 56 ---
Harv. L. Rev. 193 (1952), también recogido en LEVY, JUDI---
CIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT (Selected Essays Edited -
By Leonard W. Levy), pág. 74 y ss.
- (9) Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of --
Constitutional Law, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893), también en
LEVY, Op. cit. supra nota anterior, págs. 43 y ss.
- (10) Earl Warren (1891-1974) presidió el T.S. desde 1953 hasta -
1969. Sobre su biografía y concepción del Derecho, véase, -
en España, SCHWARTZ, LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA
NORTEAMERICANA (Ed. Civitas, 1980), pág. 85 y ss.
- (11) Warren Burger, actual presidente del T.S., lo es desde 1969.
- (12) A modo ejemplificativo de la obra de ambos Tribunales pue-
den citarse el simposium acerca de la Warren Court publica-
do en 67 Mich. L. Rev. 219-358 (1970), y el simposium acer-
ca de los primeros diez años del Tribunal Burger publicado -
en 43 L. & Cont. Prob. (núm. 3, verano 1980), y, entre los
artículos publicados en este último simposium, en especial -
el de A. E. Dick Howard, The Burger Court: A Judicial Nonet
Plays the Enigma Variations, pág. 7-28.
- (13) Tushnet, The Dilemmas of Liberal Constitutionalism, 42 Ohio
St. L. J. 411, 411 (1981).
- (14) Se refiere a la célebre conferencia Toward Neutral Princi-
ples of Constitutional Law, publicada en 73 Harv. L. Rev. 1.
(1959) que tendremos ocasión de comentar muy detenidamente.
La conferencia era una crítica a la labor del Tribunal Wa-
rren por la carencia de principios neutrales en sus senten-
cias.

- (15) Se refiere sobre todo a THE NEAREST DANGEROUS BRANCH (Bobbs Merrill ed., 1962).
- (16) De todas formas la discusión de si cabe o no tal tipo de jurisprudencia sigue siendo objeto de polémica como tendremos ocasión de ver con más detalle más adelante.
- (17) 1 Cranch 137 (1803).

II.- LOS INTENTOS DE DELIMITACION DE LA NATURALEZA DE LA JUSTI-
CIA CONSTITUCIONAL COMO ALGO DISTINTO DE LA FUNCION ADMI---
NISTRATIVA-LEGISLATIVA.

II: 1.- INTRODUCCION:

Quizás el fenómeno más relevante que ha producido la jurisprudencia de los Tribunales Warren y Burger haya sido el de la involucración del poder judicial en la vida cotidiana de las instituciones públicas, administrando instituciones de la más variada índole, función para la cual pese al innegable carácter constitucional de los motivos de la intervención, sustantivos y no sólo de carácter remedial - (1), los tribunales tienen que tener en cuenta consideraciones de oportunidad insoslayablemente.

El aumento de la intervención judicial es un hecho incontrovertido ante el que la sociedad, la doctrina constitucional y el mismo T.S. han tardado algo en reaccionar, - más que nada porque el énfasis se ponía en el hecho en sí mismo de la invasión de áreas antes ajenas al proceso de - judicialización, pero no en las consecuencias últimas de - esa invasión: la intervención-administración judicial.

Lo mismo ha ocurrido con el T.S.. La tendencia general consistía en ocuparse del fundamento constitucional de la judicialización de estas áreas mientras que el proceso de administración cotidiana que provocaba se consideraba una simple derivación de aquél presupuesto. Solo recientemente el T.S. ha empezado a reaccionar en un triple sentido: -- 1) reafirmando la validez de la doctrina de las cuestiones políticas; 2) inventando una nueva categoría de actos no - sometidos a su jurisdicción, los llamados justiciability - cases; 3) intentando definir categorías de actuaciones que

no son función judicial con base en los principios de fede
ralismo y separación de poderes, esto último en sentencias
de fondo.

Partiendo de la distinción entre sentencias que en---
tran en el fondo y las que rechazan la jurisdicción vamos
a analizar esta reciente jurisprudencia y el correspondiente
debate doctrinal que ha motivado.

II: 2.- LA INTERVENCION JUDICIAL EN LA ADMINISTRACION COTIDIANA DE INSTITUCIONES PUBLICAS:

"La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno de los pronunciamientos siguientes: restablecimiento del recurrente en la integridad del derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación". (Art. 55, c) LOTC).

A.- LOS PRECEDENTES: "REMEDIES" CONSTITUCIONALES EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX. LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS BONOS MUNICIPALES DE DEUDA PUBLICA:

A:1.- Introducción:

Normalmente el intervencionismo judicial tiene un fundamento remedial, aunque, como posteriormente veremos, ha sido más bien la judicialización de preceptos sustantivos de la Constitución, hasta ahora normalmente implicados, lo que ha motivado en último extremo la reacción en cadena: se ha revolucionado la teoría anglosajona de los remedies porque se ha revolucionado la jurisprudencia constitucional sustantiva, y no al revés.

El reciente interés de la doctrina norteamericana por el estudio de los aspectos remediales de la justicia constitucional (2), motivado por el fenómeno ya descrito de aumento del intervencionismo judicial, ha llevado aparte de aquélla a revisar la historia de la introducción de algunos remedios de equidad en el Derecho Norteamericano. Esta búsqueda de precedentes, en los que aparentemente el Tribunal Supremo sostuvo la "toma" de instituciones públicas, ha hecho que reviva el interés por el estudio de los llamados municipal bonds cases (3).

El repaso de aquella jurisprudencia se impone al haberse convertido en lugar común del Derecho Constitucional Norteamericano la afirmación de que el Tribunal Supremo en cierto modo llegó demasiado lejos al intentar a toda ultranza conseguir el pago de los bonos municipales y, singularmente, al defenderse por la doctrina que prácticamente "se tomaron" los municipios -- por los jueces (4).

Este tipo de afirmaciones tienden precisamente a negar que el fenómeno de administración cotidiana de - instituciones públicas sea algo reciente, de ahí que - me haya parecido oportuno reinvestigar esta jurisprudencia para comprobar hasta qué punto esto fué verdad.

Lo que intentaremos a continuación es el análisis del alcance real de la jurisprudencia del T.S. en aquellos casos y, lo que es más importante, el fundamento usado para defender tal tipo de intervención por los - tribunales inferiores, si es que como consecuencia de esta investigación puede decirse que hubiera tal "toma" de municipios.

A:2.- El repaso de la jurisprudencia:

Dejando de lado los hechos históricos que motivaron esta jurisprudencia de bonos municipales (5), su - evolución es fácil de seguir (6).

a) La admisión de los writs of mandamus contra -- agentes o funcionarios estatales.

El primer paso consistió en la emisión de un ---- writ of mandamus contra una comisión gestora municipal

que se negó a establecer los impuestos municipales necesarios para pagar los bonos que habían sido declarados válidos por los tribunales y en ejecución de cuyas sentencias no se habían encontrado bienes suficientes para el pago de los bonos.

En Board of Commissioners of Knox County v. Aspinwall (7) el Tribunal Supremo sostuvo la validez de el primer writ of mandamus "en la historia de este país" (8) dirigido contra un agente estatal, aunque era bastante corriente el uso del writ contra los agentes federales.

La sentencia no cayó en la cuenta de que aquéllo era la primera vez que sucedía y fue decidida como jurisprudencia sólo aplicable al caso concreto, sin fijar principios generales (9).

b) Su admisión incluso cuando el agente estatal - estaba obligado a no seguirlo según la ley estatal.

El segundo paso consistió en sostener el mandamus incluso contra procedimientos adoptados por tribunales estatales consistentes en prohibir mediante injunction a los agentes de cualquier municipio el crear impuestos para pagar los bonos. Este resultado, al que se -- llegó en Riggs v. Johnson County (10), no tendría consecuencia alguna si no hubiera supuesto un nuevo examen de lo admitido sin discusión alguna en el caso anterior ya reseñado: Aspinwall.

Riggs contiene a la vez los principios en los que se basa en la potestad de los tribunales de circuito - de emitir mandamus y de por qué una injunction no tenía relevancia alguna.

Dejando de momento de lado el segundo problema -- (11), el T.S. revisó toda la teoría que apoyaba el uso del writ of mandamus. Los argumentos contra su uso tenían un triple fundamento: dos de estricta legalidad y uno derivado de los principios del common law:

A) El Judiciary Act de 1.789. El representante -- del municipio en Board of Commissioners of -- Knox County v. Aspinwall (12) no alegó ante el T.S. que, aunque la sección 14ª del Judiciary Act (13) otorgaba a los tribunales federales las potestades necesarias para emitir todos -- aquellos writs que fueran pertinentes "aunque no estuviera otorgada la potestad de emitirlos expresamente en una ley", la sección 13ª de la misma ley mencionaba el mandamus como un writ a usar sólo contra "cualquier juez o agente bajo la autoridad de los Estados Unidos". Así -- pues, la sección 13ª limitaba el alcance de la sección 14ª, al determinar su aplicación sólo a agentes federales. El Tribunal Supremo, de -- todas formas, citó el bien conocido precedente de Marbury v. Madison (14) para afirmar que la sección 13ª se refería exclusivamente al ejercicio de la jurisdicción original (15) y el su puesto que examinaba no lo era.

B) El llamado Process Act (16). Su sección 2ª autorizaba a los tribunales federales a usar todos los writs y modes of processes "que fueran usados entonces por los Tribunales Supremos de los Estados (17)". Era a este uso por los tribunales estatales a lo que la sección 14ª del Judiciary Act se refería cuando hablaba de --

writs "conformes con los principios y costumbres jurídicos (18)". Este sistema había sido extendido a todos los nuevos Estados (19). Realmente el writ que había sido usado en Aspinwall para obligar a los municipios a pagar sus deudas había sido el de mandamus. Pero se había podido usar este mandamus porque así lo admitía la ley de Iowa.⁽²⁰⁾ Pero esta construcción, poniendo en relación el mandamus con los remedies del Derecho estatal, se habría de olvidar ante la afirmación más general que se contiene en Aspinwall (21) de la posibilidad en todo caso del uso del mandamus contra agentes estatales. Y así, esta posibilidad de dirigir mandamus contra agentes estatales se afirma y repite en todos los tratados de finales del siglo XIX -- sin ponerla para nada en relación con lo que dijera el Derecho del Estado donde radicaba el Tribunal Federal del distrito o el Tribunal de circuito que enjuiciaba el caso (22).

- C) Finalmente, no debemos olvidar un argumento -- que esgrimió el representante del municipio y que fue aceptado por J. Miller, argumento que penetra en la naturaleza del writ como extraordinario cuando está relacionado con la existencia de una injunction estatal: bajo el common law, el writ nunca se podía emitir contra una parte a quien su cumplimiento podría exponer a prisión u otro perjuicio grave por obedecerlo (incluso aunque no se tratara de una cosa tan grave como una injunction de un tribunal estatal). El Tribunal Supremo rechazó este argumento, aunque no el principio jurídico en que se --

basa, afirmando que los writs of error y de --
habeas corpus eran más que suficientes para de--
fender al agente estatal contra cualquier de--
manda de indemnización de daños o contra su en--
carcelamiento por contempt (23). Este argumento,
que toma como factor para otorgar o no un --
remedy el "carácter violento de la situación",
volverá a reaparecer con mucha más efectividad
en la denegación de remedies en equidad por --
los tribunales federales cuando el mandamus re--
sultó probadamente como totalmente insuficien--
te para cobrar los bonos municipales (24).

c) Denegación de otros remedies si el mandamus no
resultaba operativo.

El tercer paso consistió precisamente en la dene--
gación de remedio en equidad. En Walkley v. City of --
Muscantine (25), decidido en el mismo curso que Riggs,
el Tribunal Supremo afirmó que mandamus y no ningún --
otro remedy en equidad, era la forma adecuada de obli--
gar al establecimiento de impuestos mediante los cua--
les la corporación municipal debería pagar la suma re--
conocida como debida en un previo juicio declarativo.
El caso iba a fijar una de las premisas mayores de la
efectividad práctica de la litigación relativa a los --
bonos municipales. Como más tarde veremos, el T.S. se
aferraría a este precedente en el futuro. Pero lo que
realmente asombra es la extemporaneidad con que fue pe--
dido, ya que el mandamus no había agotado ni mucho me--
nos todas sus posibilidades. El representante de los --
tenedores de los bonos pidió un remedio de equidad ca--
só en la misma época y en el mismo tiempo cuando el --
problema del mandamus todavía no había sido claramente
solucionado. Dicho abogado, ^{James} ~~J. Ames~~ Grant (26), anima-

do por el fallo del Tribunal Supremo en Aspinwall (27), en lugar de solicitar un writ of mandamus, pidió directamente un remedio en equidad, probablemente decidido a acabar pronto con el problema de la búsqueda de remedies adecuados para satisfacer las pretensiones de los tenedores de bonos. El T.S. no cayó en la trampa (tampoco el tribunal de circuito radicado en Iowa). Realmente el tenedor debería haber solicitado un writ of mandamus ya que los remedies en equidad, en general, sólo eran apropiados "en aquellos casos en que los remedies del common law resultan inadecuados (28)".

d) La admisión de remedy en equidad: La posibilidad de intervención judicial directa.

El cuarto paso en esta línea de adjudicación consistió en la admisión de un remedio en equidad por el T.S. para satisfacer las pretensiones de los tenedores de bonos pero sin caer en la cuenta, el propio T.S., de que se trataba realmente de un remedy en equidad. El caso, Supervisors of Lee County v. Rogers (29), sería citado en todos los Tratados contemporáneos como una excepción peculiar con fundamento en el Derecho de Iowa. Basándose en la sección 3.370 del Código de Iowa (30), el T.S. sostuvo la sentencia del tribunal de circuito para el norte de Illinois (31), que "había ordenado al marshal de los Estados Unidos para el distrito de Iowa el establecer y recaudar directamente los impuestos (32)". El T.S. simplemente afirmó que "esta sección no era más que una mera modificación del Derecho inglés y de los estados de Nueva Inglaterra, Derecho que permite que una sentencia dictada contra un municipio, ciudad, o pueblo sea ejecutada contra la propiedad privada de cualquiera de los vecinos, otorgándole a éste o éstos, el derecho a repetir contra el --

resto de los vecinos del pueblo o ciudad (33)". La referencia que hace el T.S. debe entenderse al "common law o costumbre inmemorial" de Maine, Connecticut y -- Massachusetts, donde esta posibilidad estaba ampliamente admitida en general por el Derecho de los remedies (34). Pero los límites territoriales de esta costumbre inmemorial nunca fueron extendidos fuera del ámbito de esos Estados, a no ser que existiera una ley estatal -- especial, y, como tendremos ocasión de ver posteriormente, esta costumbre sería en último término juzgada como inconstitucional por ser contraria a la cláusula de due process (35).

En principio, pues, sólo en estos Estados y en -- aquéllos en que el Statute Law lo permitiera (caso de Iowa) se admitía la posibilidad de que se pudiera ordenar al marshal establecer y recaudar impuestos en una localidad.

Pese a ello, una vez que el T.S. admitió la posibilidad de aplicar un remedio en equidad, aunque fuera basado en la ley estatal, el propio T.S. empezó rápidamente al limitar las posibles consecuencias de este -- principio.

e) El recorte de la equity: La imposibilidad de -- administrar judicialmente los municipios al no poderse establecer impuestos.

En el curso siguiente, el T.S. apareció dividido en torno al tema de los remedies en equidad. Las ciudades comenzaron a aprobar otras posibles formas de -- evasión de los mandamus de los Tribunales Federales. -- Uno de los métodos que resultó increíblemente satisfactorio consistía en la resignación o dimisión automáti-

ca de todos los cargos cuando quiera que el marshal aparecía con el writ of mandamus en la mano. Un tenedor de bonos, Morgan, pidió un remedy extraordinario: "que se nombrara un interventor con instrucciones de recaudar - una suma suficiente de dinero de la propiedad de tres o cuatro vecinos (36)". Cuando este caso, Morgan v. City of Beloit, ^{en} Wisconsin, donde no había ninguna ley paralela a la de Iowa, fue decidido el 31 de Enero de 1870, - C. J. Chase anunció que la sentencia del tribunal de - circuito denegando el remedy había sido afirmada por un T.S. dividido 4-4. "No hubo votos escritos y no se reveló cuál era la posición de los distintos miembros del - T.S. (37)". "No se ha publicado ninguna recopilación -- del caso (38)". La petición de remedy en equidad había pretendido que la ciudad, en su capacidad corporativa, y sus habitantes fueran demandados y había solicitado - un decreto sometiendo la propiedad imponible de la ciudad y la de los habitantes a subasta pública por el -- marshal (39). El problema tuvo entonces que esperar 3 - años más para ser resuelto por un T.S. ahora plenamente consciente de lo que iba a hacer.

En Rees v. City of Watertown (40) el T.S. resolvió definitivamente el tema en la opinión más omnicompresiva de todas aquellas que se refieren a la ejecución de los bonos emitidos por las corporaciones municipales. - El representante del acreedor argumentó que el fundamento absoluto de la jurisdicción de equidad consistía en que no haya un derecho sin su correspondiente remedy. - Este era exactamente el caso. Después de afirmar que el remedio que solicitaba no suponía un ejercicio del poder tributario, continuó: "señalando más específicamente qué remedy pensamos que debería otorgarnos el T.S., afirmamos que puede parecerse a algo como lo siguiente:

el T.S. podría promulgar un decreto sometiendo la propiedad imponible de la ciudad de Watertown al pago de la deuda y ordenando al marshal hacer una lista de las mejores fuentes que pudiera obtener y que se aproximara lo más posible al último censo, ... El T.S. podría entonces dar audiencia a los interesados y resolver todas las objeciones que planteara esa lista distribuyendo a prorrata el total de la deuda tal y como la hubiera evaluado y ordenando al marshal recaudar de cada persona, o parte de la propiedad, el montante total que se le hubiere determinado, o en su defecto, vender la propiedad o establecer impuestos sobre la misma siguiendo en lo posible y por analogía las leyes tributarias del Estado aunque no necesariamente siguiéndolas literalmente (41)". A continuación, el representante del acreedor recomendó que debía tenerse en cuenta, entre otras cosas, que las iniquidades entre los distintos demandados no debería suponer un obstáculo a la indemnización de daños del demandante (42).

Después de resolver algunos temas menores (43), J. Hunt atacó directamente la disputa en 5 páginas compactas (44). Tres de los fundamentos estaban íntimamente ligados a la naturaleza de la jurisdicción de equidad: A) Entendía que la distribución a prorrata del total de la deuda entre los distintos vecinos no era una seria objeción. B) Recitó la retaila de afirmaciones que solían acompañar siempre a la célebre máxima "la equidad sigue el derecho"; C) Afirmó que el procedimiento usual en Nueva Inglaterra "violaría el principio fundamental contenido en el capítulo 25 de la Magna Charta, y recogido en la Constitución de los Estados Unidos de que -- ningún hombre puede ser privado de su propiedad sin -- "due process of law", dado que el procedimiento admiti-

do en estos Estados y que era el que solicitaba el demandante suponía la ejecución de una sentencia contra un tercero que no había sido oído en el juicio original.

Pero justo al principio y al final de la sentencia, J. Hunt enumeró otros dos fundamentos jurídicos: A) "Creía que el T.S. no tenía el poder para ordenar - el establecimiento de un impuesto ... porque este poder ... es el más alto atributo de la soberanía, y se ejercita, en primer lugar, para recaudar dinero sólo - para fines públicos, y, en segundo lugar, sólo en virtud de la potestad tributaria que únicamente ostenta - el poder legislativo. Es un poder que no pueden ejercitar los miembros del poder judicial (44)"; B) Que el mandamus era el remedy apropiado y no podía afirmarse nada en contra de él, sino sólo en contra de su ejecución. Recordando la famosa revolución de los arrendatarios o colonos del centro del Estado de New York (desde 1838 hasta que la Constitución de New York de 1846 solucionó definitivamente el tema) (45), afirmó que - "existía un remedy perfecto en Derecho, pero que a través del fraude, violencia o delito se había logrado - evitar su ejecución". "Difícilmente puede argumentarse que este estado de cosas daba al tribunal la autoridad suficiente para invocar la ayuda extraordinaria de un tribunal de cancillería ... (46)". "El presente caso se basa en el mismo principio. El remedio de derecho es - adecuado y completo y otra cosa es que por el transcurso del tiempo no pueda pretenderse que su ejecución - sea lisa y llanamente perfecta (47)". En una palabra, - la violencia institucionalizada contra la efectividad de un remedy de derecho no justifica la emisión de un remedy en equidad.

Muy pronto se vería que el fundamento real de la - sentencia no estaba relacionado realmente con el problema de la aplicación de la jurisdicción de equidad sino que residía principalmente en los argumentos por un lado de la violencia institucionalizada y por otro del carácter no judicial de la función que la efectividad del remedy implicaba.

Debemos recordar, en todo caso, que aunque el T.S. no le dedicó especial atención, el hecho de que Wisconsin no tuviera el mismo tipo de extenso mandamus que tenía Iowa fue realmente decisivo para la distinción de - este caso de Supervisors of Lee County v. Rogers (48) y un elemento subyacente que explica toda la decisión.

Sigamos a continuación los avatares de cada uno de los argumentos que se manejaron en el caso anterior, -- examinando la jurisprudencia posterior a Rees.

Es un hecho incontrovertible que no siempre fue rechazada la jurisdicción de equidad en los casos de los bonos municipales. De hecho se promulgaron remedies en equidad en un tipo de casos en los cuales lo que hizo - el órgano legislativo fue intentar evadir las decisiones de los tribunales federales cambiando las fronteras de las ciudades o condados, o incluso suprimiéndolos. - En estos casos, insisto, la distribución a prorrata (típico remedy en equidad) se impuso con toda su operatividad (49).

Por otra parte, no es verdad que la dimisión o resignación de sus cargos de todos los representantes de las ciudades o condados bastara para evitar la eficacia del writ of mandamus. En primer lugar, el T.S. limitó -

la posibilidad de evasión a aquellos casos en los cuales "por ley un cargo tenía el derecho de dimitir voluntariamente y la propia ley proveía que esta dimisión -- tendría efectos tan pronto como fuera formulada (50)". En segundo lugar, la regla contraria a aquella que señalaba que el writ of mandamus deja de tener eficacia por la dimisión, afirmaba que, aunque el mandamus se extinguía por la muerte, resignación, o cese en el cargo de -- aquél a quien iba dirigido (51), esta regla no se aplicaba sin embargo en aquellos casos en que iba dirigido contra las corporaciones públicas o municipales en su -- carácter o categoría de corporaciones (52). Así pues, -- el writ no necesitaba ser dirigido contra la persona -- que era el alcalde o contra los concejales (53). Desde luego, el único efecto que producía esta segunda regla consistía en que el writ no se extinguía y podía ser -- presentado indefinidamente siempre que apareciera al -- guien al mando de la corporación (54). Más tarde explicaremos con más detalle esta "anomalía" del Derecho Público (55).

f) Un nuevo recorte: La incapacidad incluso de recaudar los impuestos.

Las consecuencias de Rees tal como el mismo T.S. -- las interpretó, son fáciles de seguir. En casos subsiguientes, el T.S. sólo puso énfasis en el primero y el -- último de los argumentos del caso. Heine v. The Levee Commissioners (56) afirmaba (a) que "no sólo se trata -- de que el establecimiento y la recaudación de impuestos no es uno de los poderes inherentes de este tribunal, -- sino que además supone la invasión por el poder judicial federal de funciones que corresponden a los órganos legislativos de los gobiernos estatales" (57); y (b) que --

la falta de fortuna al no poder cobrar los bonos era -- una consecuencia de "la imperfección de la naturaleza humana (58)".

Este lenguaje se repitió con aprobación en el State Railroad Tax Case (59). En Barkley v. the Levee Commissioners (60) el T.S. fue incluso más lejos afirmando que "la verdad es que una parte en la situación del demandante se encuentra forzada a depender de la fe pública de la legislatura para que ésta le otorgue el remedy adecuado. Una vez que el remedy ordinario había fallado por el transcurso del tiempo y por la eficacia de contingencias inevitables, debe presumirse que la legislatura hará todo lo que sea justo y equitativo y, en este caso, la acción del legislativo tiene el carácter de requisito absolutamente indispensable (61)". Esta extraña deferencia de la solución del problema a otro poder suena^a algo conocido. También volveremos a fijarnos en ella posteriormente (62).

El último esfuerzo que hicieron los tenedores de bonos consistió en pedir un remedy en equidad muy concreto: el llamado receivership (intervención judicial) (63).

Cinco años antes del rechazo final de este remedy en Thompson v. Allen County en el año 1885, el T.S. resolvió Meriwether v. Garrett (64). Si Morgan v. City of Beloit (65) puede citarse como un espécimen raro en el tema de la litigación de bonos municipales, Meriwether es todavía más peculiar. El conflicto estaba ahora localizado en Tennessee (66). Cuatro circunstancias de hecho hicieron de este caso, Meriwether, algo especial -- cuando se compara a la vez con el precedente, Rees (67)

y con el caso que habría de seguirle, Thompson (68): -- (a) El establecimiento de impuestos había sido hecho -- por una autoridad legal de la ciudad de Memphis; (b) La organización administrativa de la ciudad había sido abolida por el legislativo del Estado aunque el territorio seguía delimitado como un distrito tributario; (c) El -- tribunal de circuito había nombrado a un interventor en el ejercicio de su propia jurisdicción de equidad, porque una ley del Parlamento estatal permitía a los tribunales de Cancillería hacerlo (69); (d) El gobernador -- del Estado, basándose en una ley que había sido promulgada por el Parlamento pocos días después del nombra---miento del interventor judicial, había nombrado, a su -- vez, a otro interventor (70).

El T.S. también apareció aquí de nuevo dividido, -- pero C.J. Waite se las arregló para construir una mayoría en torno a ocho puntos que no recibieron motivación alguna, puntos de los cuales el más importante era, desde luego, que el decreto del tribunal inferior fue revocado.

Dejando aparte el problema de la abolición de la organización de la ciudad, problema similar a aquél del cambio de fronteras, al que el T.S. había otorgado y -- otorgaría remedy en equidad en otros casos (71), aunque reconociendo siempre y en todo caso la potestad estatal de hacer lo que quisiera con la organización de los distintos municipios (72), la mayoría rehusó hablar acerca del problema del nombramiento de un interventor judi---cial para recaudar impuestos (no para establecerlo, lo que estaba claro que no podían hacer desde Rees). El -- cuarto punto de los anunciados por el C.J. expresamente declaraba que este tema no había sido resuelto por el --

T.S. El T.S. también se puso de acuerdo en el rechazo de la constitucionalidad de la costumbre de los Estados de Nueva Inglaterra (73), y declaró que el poder tributario sólo podía ser ejercitado por la legislatura.

Pero lo que hace que Meriwether sea un caso valioso son a la vez la sentencia emitida por J. Field (74) y el voto particular de J. Strong (75). Su enfoque de toda la cuestión difiere completamente y merece la pena examinarlo porque es un claro ejemplo de por qué la ley de los remedies no puede divorciarse del Derecho sustantivo que la soporta.

- A) J. Field acentuaba el aspecto público de las corporaciones municipales: ninguna teoría del "trust" puede llevar a la consecuencia de que los impuestos no recaudados son propiedad de la Corporación. "Los impuestos no son deudas (76)", y, hasta que se recauda, "no son realmente bienes de las Corporaciones (77)". El poder tributario no está limitado a la autorización para establecer impuestos: "residiendo en la legislatura solamente el poder para autorizar el establecimiento de un impuesto, sólo ésta posee igualmente el poder de indicar por qué medios se establecerá y recaudará ese impuesto y de designar los agentes a través de los cuales la recaudación se va a llevar a cabo. Corresponde a los tribunales decidir los pleitos entre partes, y, al hacerlo así, interpretar la Constitución y las leyes de los Estados Unidos y de los distintos Estados, y de declarar la ley y hacer ejecutar lo juzgado pero

sólo utilizando los remedies que la legisla---
ción les ordena, o que la práctica establecida
permite. Cuando se sobrepasan de estos límites
se exceden de su dominio legítimo y perturban
las potestades de otros poderes de la Nación;
y todo el mundo admite que el esquema dibujado
por los fundadores de nuestro sistema de gob---
bierno es el de un confinamiento de cada poder
dentro de su propia esfera, lo que es esencial
para el éxito del buen gobierno de la Nación -
(78)".

Este argumento derivado del principio de sepa---
ración de poderes se combina con una caracteri---
zación de la función del interventor judicial
como una función típicamente administrativa --
(79), y ~~son~~ una remisión de la solución del --
problema a los órganos legislativos (80).

- B) El voto disidente de J. Hunt se basa, por el -
contrario, en una asimilación entre las perso-
nas jurídicas públicas y privadas. "Si el ---
trustee hubiera sido una persona física o una
persona jurídica privada nadie dudaría que los
tribunales federales tienen las potestades de
un tribunal de equidad para intervenir y pri---
var del trust a los trustees sin escrúpulos, -
bien haciéndoles cesar en el cargo bien nom---
brando otro trustee, o bien administrándolo --
por el propio juez o por un tercero designado
por el juez. El que la Corporación sea una cor-
poración municipal no tiene ninguna relevancia
que justifique un distinto régimen jurídico --
(81)". Lo que el voto particular quería decir

- 20 -

era que, en las deudas privadas, la regla a -- aplicar era exactamente la misma que se aplica ba en el caso de las personas jurídicas priva das.

El segundo argumento, derivado del primero ~~era~~, consistía en distinguir entre el establecimien to y la recaudación de impuestos, ya determina dos y establecida su base imponible, función, ésta última, que no implica en absoluto el --- ejercicio de potestades legislativas. La obli gación tributaria existe antes de que el impues to sea recaudado, citando como precedente Sa-- vings Bank v. United States (82).

Finalmente, el voto disidente también ponía én fasis en el hecho de que la intervención judi cial había sido admitida como remedy de equi-- dad por el Código de Tennessee. Este código no era más que lisa y llanamente una "reafirma--- ción de la existencia de remedies de equidad - ya antes reconocida y perfectamente estableci da y permitida por todos los tratadistas de De recho Público (83)".

El tema del nombramiento del interventor como un remedy adecuado, que la mayoría no había resuelto por que así lo decía, insisto, expresamente el punto cuar to de Meriwether, fue examinado de nuevo en Thompson - v. Allen County (84), y fue definitivamente rechazado.

El fundamento básico consistía en una repetición de los precedentes ya citados y estudiados. La opinión mayoritaria, formulada por J. Miller, simplemente indi

caba que "nombrar un marshal o un sheriff para ejecutar una sentencia es una cosa muy distinta del nombramiento de un interventor para recaudar impuestos". El T.S. también se basaba en la interpretación que hacía el Tribunal Supremo de Kentucky de una ley especial regulando el tema de los bonos (85). No debemos olvidar, sin embargo, una circunstancia de hecho muy peculiar de este caso: el recaudador había dimitido porque "los sentimientos de la gran ^{may}oría de los ciudadanos y -- contribuyentes del citado condado de Allen eran abiertamente muy hostiles contra la recaudación o el pago -- del dicho impuesto". Tan era así, que el tribunal del condado había sido incapaz de encontrar ningún otro -- agente que se atreviera a recaudar el impuesto no sólo ya establecido sino incluso liquidado (86). La situación de violencia física seguía siendo, pues, un presupuesto de la sentencia.

El voto disidente de M. Harlan, que distinguía todos los precedentes menos Meriwether (87), no comprendía el por qué se apelaba al legislativo y se tenía en cuenta la violencia institucionalizada contra los tribunales: "el establecimiento de impuestos podrá considerarse una función legislativa, pero la recaudación de sumas específicas de dinero de individuos que tienen la obligación legal de pagar es claramente una función judicial que un tribunal de equidad debería ser perfectamente capaz de hacer cumplir (88)".

A:3.- La búsqueda del auténtico fundamento de esta jurisprudencia.

Una vez que hemos examinado de nuevo los casos, - la pregunta a formularse deviene una de por qué el T.S.

limitó la posibilidad de remedies. Ya no asombra realmente lo que el T.S. hizo (89) sino lo que el T.S. dejó de hacer.

Pueden darse varias respuestas. Clasificándolas - desde las más limitadas hasta las más amplias, encontramos las posibles siguientes hipótesis: A) El remedy concreto que se pedía, el interventor, no se usaba demasiado en aquellos días; B) Los remedies estaban regulados entonces completamente por el Derecho estatal de forma que los tribunales federales no podían crear otros remedies; C) El remedy implicaba el ejercicio de funciones no judiciales, teoría similar a aquélla que ha venido a denominarse teoría de las cuestiones políticas.

En el proceso de interpretación y análisis de estas hipótesis debemos tener en cuenta dos factores importantes:

A) El fundamento sustantivo de las decisiones --- acerca de los bonos municipales no está claro ni siquiera todavía hoy. El caso clave, Gelpcke v. Dubuque (90), se cita en absolutamente todos los manuales, todavía hoy, como una auténtica rareza en la jurisprudencia del T.S. Aunque la excusa jurisdiccional formal --- era la de diversidad de ciudadanía, todos los casos de bonos municipales fueron resueltos atendiendo a fundamentos incluso de Derecho Natural: "los más fundamentales principios de justicia" rechazaban la posibilidad de que la deuda se repudiara. Este argumento hace de ellos unos casos constitucionales auténticamente extraños a mitad de camino entre el common law y el Derecho Constitucional (91).

B) Nos movemos en un período de la Historia del Derecho Norteamericano en que las Corporaciones Municipales evolucionaban muy rápidamente de un sistema de carta otorgada a un sistema de autonomía como base de sus poderes y en un período cuando tanto las corporaciones públicas como las privadas empezaban a ser reguladas progresivamente por distintos sistemas jurídicos (92).

Así pues, es bastante corriente oír afirmaciones como la siguiente: La revolución de los remedies de los años 1960 y 1970 no tienen nada que ver con sus precedentes del siglo XIX porque la administración de municipios era entonces algo parecido a la administración de personas jurídicas privadas. Ambas instituciones eran tan similares que el intervencionismo de los jueces en aquellos días no era nada especial.

Esta premisa es una de aquellas que como mínimo - deben arrojarse al fuego de la duda. Hasta qué punto operó el T.S. una asimilación entre las personas jurídico-públicas y jurídico-privadas es una pregunta que quizás la simple relectura de las páginas que llevamos hasta ahora deje muy claramente respondida. De todas formas, vayamos por partes.

a) El uso de interventores judiciales en la segunda mitad del siglo XIX.

Puede afirmarse sin lugar a dudas, que la institución del interventor judicial no alcanzó su madurez en el Derecho Federal hasta la Bankruptcy Act (93), y especialmente la Corporate Reorganization Act de 1934 (94) y la Railroad Reorganization Act de 1935 (95 y 96).

Sin embargo, las áreas o sectores en las que este remedy se usaba realmente en 1897 son bastante extensas: Derecho Hipotecario (97), Derecho de Sociedades Civiles (98), regulación de las personas jurídicas privadas en general (99), regulación de Bancos (100), Compañías Ferroviarias (101), Herencias yacentes (102), - propiedad trust (103) y otras variadas áreas (104).

En especial los tenedores de bonos y los acreedores reconocidos como tales en juicio declarativo podían solicitar el remedy en prácticamente todas las situaciones imaginables: Cuando la propiedad inmobiliaria de personas jurídico-privadas figuraban como aval de los bonos (105), cuando lo solicitaban los acreedores de una sociedad civil (106), de una persona jurídica privada (107), de un Banco (108), o de una Compañía ferroviaria (109).

Pero es que además, aunque en muchos casos la regla era la de que debería haber una habilitación legal para poder nombrar ese interventor, en algunos otros - los tribunales podían nombrarle incluso sin necesidad de que la legislación procesal contemplara este remedy como posible (110).

Se entendía entonces que el valor de la legislación que posibilitaba el uso de interventores (111) -- consistía en ampliar la jurisdicción de equidad de los tribunales federales para ampliar el campo de los posibles solicitantes o de los posibles motivos para el -- nombramiento de interventor o se entendía, en segundo lugar, que la eficacia de la ley que establecía la posibilidad del nombramiento de interventor consistía en establecer una regulación concreta y detallada de las

relaciones jurídicas a que tal nombramiento daba lugar.

No cabe duda de que la intervención judicial era conocida y practicada con asiduidad. El remedy no fue denegado en los casos de los bonos municipales porque fuera una figura extraña al mundo jurídico de entonces. Por el contrario, las reglas en las que se basó el T.S. para denegar el nombramiento de interventor - eran reglas universales: "si el demandante tiene un remedy adecuado en derecho, no puede invocar la ayuda de un tribunal de cancillería"; lo que el T.S. hizo - es dar carácter excepcional a los hechos que motivaban la aplicación de esa regla jurídica. Esto explica, por ejemplo, el hecho de que cuando la obra de Smith describe la regla antes citada, tenga aquél que describir en una nota a pie de página todos los casos de bonos municipales por entender que son supuestos excepcionales de hecho que no dan lugar a su entrada en juego (112).

b) Las fuentes del Derecho de los remedies en un sistema federal.

Dos tipos de clasificaciones dogmáticas afloraban constantemente a lo largo de estos 25 años que se paran Aspinwall (113) de Thompson (114): Las divisiones entre Derecho y Equidad y entre Derecho Federal y Derecho Estatal.

A estas dos clasificaciones puede añadirse una más: la división entre el Derecho sustantivo y el Derecho remedial.

No debemos olvidarnos de que nos movemos en un período de tiempo todavía dominado por la llamada -- Nyson Rule (115).

En el tema de los bonos municipales lo que el T.S. denegó a los tenedores de bonos era un remedy -- en equidad; denegación que tuvo una de sus principales motivaciones en el sistema de localización de -- fuentes del Derecho entre los Estados y el Gobierno Federal.

¿Era el esquema de distribución de poderes (Estado-Federación) tan rígido como para justificar por sí mismo los límites que el T.S. se autoimpuso?.

Si la contestación fuera afirmativa, entonces -- el valor de estas páginas consistiría en ejemplificar, usando los casos de bonos municipales, la situación del Derecho de los Tribunales Federales en este período de la Historia del Derecho Norteamericana. -- Si la contestación fuera negativa, el auténtico fundamento para la limitación de la jurisdicción debe -- estar en otro tipo de argumento.

Antes de que entremos a contestar esta pregunta, debemos también recordar que el T.S. no dudó en usar mandamus como un remedy que consideraba adecuado. -- Por ello consideramos oportuno comparar la diferencia entre el uso de remedies en equidad y remedies -- de derecho que hizo el T.S.

Como dijo Wendell, "en la época de la Revolución y durante bastante después, apenas existía una jurisdicción de equidad separada en ninguno de los -- Estados. Sería después cuando se vendría a afirmar --

que la jurisdicción de equidad de los tribunales federales derivaba de la jurisdicción de los tribunales de cancillería ingleses. El poder judicial federal era perfectamente libre de seguir sus propios -- precedentes por encima de aquellos que pudieran desarrollarse en los Estados (116)".

La uniformidad del Derecho de la Equity, en el sentido de que era un ordenamiento propio de los tribunales federales, fue un dogma al menos hasta Mason v. United States (117). No sólo era un dogma la uniformidad federal del Derecho de la Equidad sino que este dogma era especialmente típico cuando se hablaba de El Derecho de los remedies: "hace mucho tiempo que la legislación del Congreso y la jurisprudencia de este Tribunal dejaron claro que los remedies que pueden concederse por los tribunales federales, --- actuando como tribunales de equidad, no vienen determinados por las leyes o jurisprudencia locales, sino por principios generales, reglas y costumbres de la equidad que tienen una operatividad uniforme en estos tribunales donde quiera que se encuentren juzgando (118)".

Incluso en 1923 J. Brandeis afirmaba "que las leyes estatales que regulaban derechos sustantivos deberían tenerse en cuenta por los tribunales federales al juzgar en equidad, mientras aquellas leyes estatales que hacían referencia a derechos de naturaleza remedial, es decir, a los remedies, no necesitaban ni siquiera ser tenidas en cuenta (119)". Llegó incluso a afirmar "que un remedy a aplicar por los tribunales federales, como jurisdicción de equidad, no podría ser ampliado por ley estatal ... ni desde lue

go recortado (120)".

Incluso siete años después de Erie Railroad Co. v. Tompkins (121), J. Frankfurter configuraba los límites al Derecho de los remedies de los tribunales federales como una cuestión interna, no regulada por el Derecho estatal (122).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que toda esta jurisprudencia que acabamos de citar, que trata de revisar la historia del Derecho de los remedies, proviene de una época de florecimiento de lo que se ha venido a llamar "la doctrina de los derechos remediales en equidad (123)".

La inmensa mayoría de la jurisprudencia se limitaba a poner énfasis en anteriores dicta y no examinaba casos en los cuales se viera envuelto en modo alguno el Derecho estatal (124). Alguien incluso se atrevió a decir que la doctrina se fundaba en "el bien asentado dogma de que los remedies son un tema de procedimiento a resolver según la ley del foro, - axioma característico del sistema de conflicto de leyes (125)".

Es verdad que el Congreso había distinguido claramente las atribuciones de common law y equity a la hora de promulgar la Judiciary Act y la Process Act, ambas de 1789. La Rules of Decisions Act (126) se limitaba a regular los "juicios de common law". La Process Act del 29 de Septiembre de 1789, cuya regulación del mandamus con remisión al Derecho estatal ya hemos examinado, establecía que los procesos de equity -y no los de common law- "deberían conformar-

se al Derecho civil". "Pronto apareció claro debido a la interpretación judicial que la practica a seguir, sometida a las futuras modificaciones del T.S., era la de la cancillería inglesa (127)". No podía ser de otro modo ya que en muchos Estados ni siquiera existían tribunales de equity. Pero el problema -- que hay con los remedies es precisamente el de que éstos están a medio camino: No son enteramente proceso ni son por entero sustancia. Así pues, los tribunales federales inferiores no se sentían en absoluto ligados por el Derecho estatal, especialmente por el Derecho parlamentario estatal. No sólo pensaban que las leyes estatales podían ampliar la esfera de la jurisdicción ^{federal} ~~estatal~~ en equidad (128), en contra de la afirmación del J. Brandeis en Pussy (129), sino que también aplicaban normalmente las leyes estatales dejando a salvo las tres claras excepciones que enumerara Hill: "(1) Las leyes estatales que regulaban meros aspectos procedimentales o remediales no podían seguirse si el Congreso había dado un poder independiente a los tribunales federales en esa materia, poder independiente que se entendía referido a la práctica inglesa ...; (2) Las leyes estatales no podían ser seguidas si en general transformaban un derecho auténtico en un derecho de equidad, ya que tendrían estas leyes estatales la consecuencia de denegar el juicio por jurados que garantiza la 7ª enmienda de la Constitución ...; y (3) Las leyes estatales no podían ser seguidas si implicaran una violación de la regla siempre aplicada por los tribunales federales de que los remedies en equidad no podrían otorgarse siempre que el demandante tuviera un remedy de derecho adecuado (130)".

Los casos de los bonos municipales caen entera-

mente dentro de esta tercera categoría. Esta fue la -- auténtica motivación no sólo para la denegación de -- los remedies de equidad, sino, lo que es más importan-- te, para la adscripción del tema en su conjunto de la posibilidad del remedy al Derecho federal y no al De-- recho estatal.

¿Cómo se entiende entonces la sentencia dictada en el caso Supervisors v. Rogers (131) y la constante distinción en todos estos casos de los Estados de Nue-- va Inglaterra?.

Retornaremos a la contestación a esta pregunta -- después de repasar qué es lo que el T.S. había hecho con anterioridad, es decir, cuál era el fundamento -- real para permitir el primer writ of mandamus.

Dejando aparte los argumentos de menor importan-- cia (132), debemos recordar que Riggs (133) fue deci-- dido como Derecho exclusivamente aplicable al caso -- concreto. Había sido la Process Act (134) la que ha-- bía motivado la ^{my}revisión en esta materia al Derecho -- estatal, en concreto al del Estado de Iowa (135), y -- había sido la concepción del writ por el T.S. como -- un proceso de ejecución, y no como un writ que diera -- lugar al nacimiento de una acción independiente en sí misma, lo que había motivado el resultado (136). Si J. Miller no dejó escapar este segundo punto (137), sí -- dejó escapar, por el contrario, el primero. No sólo -- implicaba la nueva concepción del writ of mandamus co-- mo un proceso de ejecución una "nueva y extraordina-- ria doctrina (138)", sino que "hasta Riggs (139) el -- derecho a usar el writ no se había hecho depender en absoluto de la Process Act (140)". Y no podía ser de otra forma, ya que nunca hasta entonces había sido ca

tegorizado como proceso de ejecución dependiente, por tanto, del previo juicio declarativo sino que hasta ese momento había sido considerado como una posible acción cuya validez dependía de sí misma; ni siquiera el T.S. se tomó en serio la remisión al Derecho estatal. Por ello devino dogma que era realmente un poder incidente y necesario al de la jurisdicción general de los tribunales federales. No existe un solo caso en el que el Derecho estatal no proveyera la existencia del mandamus como un remedio de carácter general y entonces el mandamus devino más una cuestión de Derecho federal que de Derecho estatal. Board of Commissioners of Knox County v. Aspinwall (141) devino entonces el precedente cuya cita era normal (142), y -- que establecía la posibilidad general de mandamus con total y absoluta independencia de lo que dijera el Derecho estatal.

Como hemos visto el T.S. instrumentalizó fácilmente el mandamus de forma que le permitiera alcanzar lo que él quería. Bien es verdad que el T.S. simplemente había aprovechado la confusión derivada de la interpretación conjunta de dos casos anteriores Marbury v. Madison (143) y Mc Intire v. Wood (144), casos totalmente contradictorios entre sí, pero de todas formas el T.S. lo que hizo fue utilizar los argumentos -- que quería dependiendo de lo que en realidad dijese el Derecho estatal.

Supervisors v. Rogers (145) debe entonces ser analizado teniendo en cuenta el estado de confusión de la doctrina previamente descrita. Las potestades del T.S. para ordenar al marshal establecer y recaudar impuestos se basaban en el Derecho estatal (sección 3.770 --

del Código de Iowa), preceptos que se referían a la regulación concreta por el Derecho estatal de su writ of mandamus (146). Hasta ahora el T.S. estaba aplicando — totalmente el fundamento usado en Riggs. El mandamus — estaba todavía regulado por el Derecho estatal debido a la remisión de las leyes de 1789.

Las leyes de los Estados de Nueva Inglaterra eran entonces perfectamente constitucionales (147). Solo — más tarde el T.S. asumió la idea de que el mandamus — funcionaba conforme a principios federales (148) y cayó en la cuenta de que, aunque en el caso de Iowa se pudiera nombrar un interventor, como consecuencia del — mandamus, en general los interventores eran un remedy típicamente de equidad. Fue entonces cuando decidió — que el Derecho estatal no tenía absolutamente nada que decir, lo que sucedió en Meriwether (149) y en Rees — (150), cuando se pretendió aplicar el Código de Tennessee (151) y cuando se pretendió hacer valer la Constitucionalidad de las leyes de Nueva Inglaterra (152).

En estos casos, para el T.S., el Derecho estatal era pura y simplemente inaplicable, lo cual llevaba a un fundamento totalmente distinto del que había motivado por el contrario la aplicación del mandamus en el caso de Iowa.

Así pues, el auténtico fundamento del rechazo de remedies de equidad deriva pura y simplemente de una — norma de interpretación del T.S.; norma aplicable a los tribunales federales con independencia de lo que dijera el Derecho estatal. Y esta norma federal judicial — era la que enunciara en la tercera categoría Hill: La

regla que afirmaba que no debería otorgarse un remedy en equidad si el demandante podía solicitar un remedy de derecho (153). Como dijo Stré^et, "cuando el Derecho estatal otorga un nuevo remedy, el tribunal federal - de equidad que tiene su jurisdicción en el territorio del mismo Estado puede otorgar aquel remedy estatal - siempre que esté en armonía con los principios generales que regulan la jurisdicción de la equity de los - tribunales federales (154)". El problema residía, --- pues, no en lo que dijera el Derecho estatal que llegaba a permitir como en el caso de Tennessee el establecimiento de un interventor judicial, sino que dependía, insisto, del valor que se diera a la regla --- enumerada por Hill por los propios tribunales federales. Es decir, si consideraban que el mandamus era suficiente o no era suficiente remedy.

c) La regla del remedy en derecho suficiente y - la interpretación judicial de hechos.

Como ya hemos señalado anteriormente, el Congreso se abstuvo de extender la Rules of Decision Act a los procesos de equidad (155). Pero de todas formas - no se abstuvo de recoger una limitación general (sección 16), que devendría posteriormente la sección 267 del Judicial Code de 1911, y que sería derogado definitivamente en 1948: La limitación consistente en que "los juicios de equidad no podrán sustanciarse en ningún tribunal de los Estados Unidos cuando exista un - remedy de derecho llano, adecuado y completo (156)".

Esta regla era una regla de carácter federal independiente en cuya interpretación el Derecho estatal no tenía absolutamente nada que decir. Se trata de pu

ro Derecho federal. El problema deviene exclusivamente uno de interpretación de cuando se entendía que el remedy de derecho era bastante.

Estaba muy claro que la regla podía aplicarse — perfectamente cuando se pedía directamente un remedy en equidad sin haber ni siquiera probado previamente la eficacia de un remedy de derecho. Este es el fundamento de Walkley v. City of Muscatin (157). Pero el auténtico meollo de la cuestión se podría cuando se había pedido previamente e incluso se habían intentado ejecutar todos los remedies posibles en derecho sin — que se hubiera llegado realmente a cobrar la deuda representada en los bonos.

En Rees v. Watertown (158), el primer caso que — fijó una doctrina que nunca sería modificada, el T.S. usó como fundamento una determinación de hechos históricos: La violencia institucionalizada contra la ejecución de un remedy no determina automáticamente el — que ese remedy sea inadecuado. Las palabras de J. Hunt son claras: Una revolución en miniatura no implica el que el remedy en derecho no sea perfecto (159). Este argumento fue repetido bajo el lenguaje de la "imperfección de la naturaleza humana" en Heine v. Levee -- Commissioners (160), aunque desapareció un poco ante el mayor peso de los argumentos que enlazan con el — principio de separación de poderes y con el principio federal argumento que también fue expuesto por primera vez en Rees y que cobró mayor énfasis en Barkley — (161), Meriwether (162), y Thompson (163).

De todas formas, la presión de la violencia social institucionalizada contra los recaudadores de im

puestos fue considerada como un punto relevante de los antecedentes de hecho tanto en Meriwether como en Thompson.

Ningún otro argumento se adujo para motivar la ~~no~~ aplicación de la regla federal de que no es posible un remedy en equidad cuando existe suficiente remedy en derecho. Su ~~no~~ aplicación, basada exclusivamente en la apreciación de hechos, hizo de ^{dicha} ~~la~~ aplicación de la regla en estos casos algo tan especial que, como ya hemos señalado antes, Smith tuvo que hacer una detalladísima explicación de los antecedentes de hecho en cada uno de los casos para poder citarlo como ejemplo válido de aplicación de esa regla en la denegación del nombramiento de interventores judiciales como remedio en equidad típicamente federal (164).

Pero lo que a nosotros nos interesa es si esta racionalización de la regla a partir de los hechos puede ser considerado realmente como el auténtico fundamento de la denegación del remedy. De lo que no cabe duda es de que esta apreciación de que donde hay conflicto social los tribunales realmente no deben presionar con soluciones de carácter jurídico debe considerarse al menos como uno de los fundamentos, sea o no el de mayor peso, de toda esta línea de casos. Y el tema tiene --- trascendencia porque enlaza directamente con doctrinas como modernas puestas otra vez de relieve por el Tribunal Burger, como tendremos ocasión de examinar posteriormente.

d) La naturaleza de la potestad tributaria.

En el caso de los bonos municipales hubo también

otros argumentos que probaron ser quizás mucho más -- consistentes que el de la aplicación de la regla federal ya descrita. Todos estos argumentos se basaban en el principio de separación de poderes y en el principio federal.

No es necesario recordar ahora el origen de la -- revolución americana, pero si la idea de la Constitución no escrita (165) puede tener alguna base, ésta -- sería desde luego el principio de que no puede haber imposición donde no hay representación.

A comienzos del último cuarto del siglo XIX este principio de legitimidad se repetía en absolutamente todos los libros de texto de Derecho Tributario como el dogma que nunca debería olvidarse a la hora de hablar de las potestades tributarias (166).

No es ningún secreto que el mandamus como writ -- se encuentra precisamente en la frontera entre las potestades ejecutivas y judiciales (167).

Pero cuando el poder que pretenden llevar a cabo los jueces es precisamente el poder tributario, el tema se convierte en uno más peligroso porque no sólo -- está en juego el principio de separación de poderes -- sino también la legitimidad misma de la revolución -- norteamericana.

El poder tributario, sin embargo, se especifica en una serie de actos: en la imposición municipal, hace falta la autorización en la carta otorgada o en -- ley especial por parte del Estado al cual pertenece -- la organización municipal, así como su establecimien-

to, liquidación y recaudación por el propio Municipio.

¿Alcanza el principio de legitimidad a todos los actos de este proceso?. Desde luego que no. Sólo al -- primero o como mucho al segundo. La liquidación y re--caudación eran funciones ejecutivas e incluso el establecimiento algunas veces también. El principio representativo no podía informar todas las fases de este -- proceso. No importa que en algunos casos los liquidado--res o los recaudadores fueran agentes elegidos; eso no cambiaba la naturaleza ejecutiva de la función que rea--lizaban (168). Cuando los poderes con los que el T.S. no quería interferir eran no sólo las legislaturas de los Estados sino también sus ejecutivos, o los agentes de carácter representativo o ejecutivo de los entes te--rritoriales inferiores, lo que estaba en juego era el principio de separación de poderes en abstracto, o el principio federal, pero en ningún caso necesariamente el principio de legitimidad.

Finalmente, no debemos olvidarnos que el argumen--to basado en los principios de separación de poderes o federal aparece mezclado con la noción de la existen--cia de una función judicial material. El interventor -- no es más que un mero representante del tribunal (o -- del órgano que le nombra). Lo que la aplicación de es--te remedy implicaría es el poder judicial administran--do los municipios.

En resumen, J. Field acertó de pleno cuando afir--mó que la función del interventor es típicamente admi--nistrativa y cuando reiteró la apelación a la legisla--tura como la única posible solución al problema plan--teado por los bonos municipales (169).

A:4.- Conclusiones:

¿Qué tipo de principios subyacen bajo el grupo de decisiones examinado?.

A) Debemos abandonar definitivamente la idea de - que el T.S. llegó demasiado lejos, asimilando a las municipalidades con las personas jurídicas privadas. Aun que todavía hay emanaciones de esa idea en algunos aspectos colaterales de la litigación, como el referente a la posibilidad de demandar a los municipios "en su - capacidad corporativa", aspecto muy alejado de la teoría de la inmunidad soberana (170), la naturaleza de - los municipios como órganos del Estado fue protegida a toda ultranza por los magistrados del T.S.

No existe una sola voz disidente; incluso la teoría del trust asimilando los municipios a las personas jurídico-privadas se basa sólo en la naturaleza de las deudas y no en la distinta naturaleza de la personalidad de las corporaciones. Me atrevería incluso a afirmar que esta controversia acerca de los bonos municipales fue precisamente una de aquellas que contribuyó -- más a la separación de ambos conceptos de persona jurídica y, desde luego, a la diferenciación de su régimen jurídico (171).

Quizás el ejemplo más claro de esta posición del T.S. se encuentra en su afirmación sin matización alguna del poder estatal de cambiar o suprimir los municipios o sus organizaciones. La contract clause no podía impedir en absoluto el ejercicio de este acto de soberanía (172).

B) También debemos rechazar la idea de la dominación del derecho de los remedies por el Derecho estatal. Aunque la "remedial rights doctrine" no estaba todavía de moda, existían principios federales regulando el tema de qué ley era aplicable, principios -- que fueron aplicados con mucha eficacia por los tribunales para conseguir denegar el otorgamiento de un remedy en equidad.

C) Debemos admitir, por el contrario, que nociones sustantivas acerca del papel que los jueces deben jugar en la vida pública norteamericana fueron realmente las que motivaron el rechazo. Esas nociones provenían de dos diferentes direcciones: a) la idea de que la existencia de conflictos sociales no hace imperfecto a un remedy del common law; y b) la idea de que existen funciones de que son ejecutivas y legislativas por naturaleza, funciones que no pueden -- ser llevadas a cabo, en ningún caso, por el poder judicial.

La primera de ellas aparece disfrazada en el -- principio federal de la necesidad de que el remedy de common law sea auténticamente inapropiado; la segunda, aparece disfrazada en el principio de legitimidad.

De todas formas, ambas nociones suenan como "una melodía que nunca antes oímos, pero que resulta, sin embargo, familiar (173)".

Pues bien, he aquí en los llamados municipal bonds cases el fundamento no de la intervención judicial, sino precisamente de todo lo contrario: De los

límites a la intervención judicial.

Tan extendida estaba la idea de que el T.S. "se - pasó" en estos casos, al "tomar" los municipios, que - cuando ha surgido la moderna jurisprudencia, ha sido - incapaz la doctrina de recordar el precedente del si- - glo XIX.

Ello ha motivado una doble paradoja en la juris- - prudencia del Tribunal Burger.

- A) El mismo fundamento (separación de poderes-fe-
deralismo-función no administrativa) va a dar
lugar a sentencias de forma o de fondo.

Las primeras, justiciability cases, van a asi-
milar el fenómeno al de las cuestiones políti-
cas, introduciendo en la teoría de éstas últi-
mas, por asimilación, el hecho de que cuando -
no haya un remedy adecuado, no hay jurisdicción,
de tal forma que la teoría de las cuestiones -
políticas tiene hoy un matiz de ausencia de re
medy muy importante.

- B) En aquellos casos en que la administración co-
tidiana de instituciones no choca frontalmente,
sino sólo indirectamente con el federalismo o
la separación de poderes, el T.S. entra en el
fondo de los asuntos, no rechazando su juris- -
dicción, pero pone siempre énfasis en la inca-
pacidad constitucional de los jueces para admi-
nistrar, mediante interventores, las institu- -
ciones públicas.

A continuación se examinará en primer lugar - esta segunda jurisprudencia y posteriormente la relativa a la de las cuestiones políticas y los justiciability cases.

B.- LA JURISPRUDENCIA RECIENTE QUE INTENTA PONER LIMITES AL INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO DE LOS JUECES AL AMPARO DE LA CONSTITUCION:

B:1.- Introducción:

Modernamente los tribunales federales, en parte con la aprobación del T.S., en parte bajo su silencio, si bien no administran municipios, sí administran en cambio muchas instituciones públicas. Tanto es así, - que se ha inventado una terminología especial para este tipo de asuntos: La llamada institutional litigation (174). Este fenómeno se ha producido con toda naturalidad a partir de la "revolución" de la jurisprudencia Warren.

Vamos a analizar primero las áreas a las que se extiende esta administración y en qué consiste la misma, para seguir después con el Derecho Constitucional sustantivo que lo ha motivado, Derecho, éste sí, controlado por el T.S., y con el derecho de los remedies, es decir, con la jurisprudencia, también del T.S., - que intenta fijar los criterios-guía acerca de los remedies que el Derecho sustantivo por él creado permite imponer.

Es en este último campo donde el T.S. ha intentado redefinir la función sustantiva judicial.

De todas formas, la separación right-remedy tiene líneas muy borrosas, llegando incluso a situaciones en las que no se han constitucionalizado nuevos derechos - sustantivos precisamente por el miedo a la extensión de la intervención judicial de carácter administrativo a - que daría lugar dicha hipotética constitucionalización.

El campo por excelencia donde esto ha ocurrido es el de los welfare rights, que ocupa una especie de epílogo en esta tesis. A él remitimos por adelantado.

B:2.- Areas que comprende el actual intervencionismo judicial.

Con el término institutional litigation se quiere conceptualizar la reciente expansión de la protección - constitucional y legal de nuevos derechos civiles, la - violación de los cuales no se remedia con el otorgamiento de indemnizaciones de daños y perjuicios ni mediante simples injunctions, por lo que, a la búsqueda de soluciones, los tribunales se han visto involucrados hasta un grado sin precedente en la planificación de cambios en la forma de operar de instituciones sociales complejas (175).

Hasta el momento, como resume un comentario de la ~~Columbia~~ Law Review, "los tribunales han actuado para - desegregar escuelas públicas, redistribuir distritos electorales estatales y federales, proveer igualdad de oportunidades en el empleo y la formación profesional, igualar la distribución de beneficios tales como la vienda y servicios municipales y mejorar el tratamiento y las condiciones de las cárceles e instituciones menta-

les (176)".

B:3.- ¿En qué consiste la actuación judicial?

Siguiendo la labor iniciada por Chayes en 1976 --- (177), la doctrina norteamericana se ha dedicado a fijar las características básicas de la función del juez en este tipo de litigios. Jennings dibujó el siguiente resumen de la forma de remediar asuntos constitucionales en los que se opta por un remedy extensivo, resumen que a mi juicio parece acertado:

"(1) El tribunal formula inicialmente una meta general, tentativa, normalmente limitada a la formulación de los valores constitucionales que han de protegerse, pero con poco contenido específico.

(2) El desarrollo real se delega en las partes acusadas o en un master nombrado por el tribunal, master - que tiene una función a la vez consultiva y de investigación de los hechos.

(3) El tribunal recibe informes periódicos de carácter oficioso, interviniendo frecuentemente en el --- "ajuste" del remedy a lo largo del tiempo en que se va aplicando.

(4) El tribunal retiene la competencia durante un período muy largo de tiempo.

(5) Las partes trabajan bajo la amenaza de coacción judicial mediante el posible contempt of court, --- que es lo que controla su comportamiento, y

(6) Los costos financieros son a veces sustanciosos, pero nunca suelen jugar un papel importante en la decisión misma (178)".

En resumen, es la formulación del decreto judicial lo que se negocia entre las partes y el juez y la que establece el régimen administrativo concreto a que ha de quedar sometida la institución de que se trate (179).

Normalmente, dada la tecnificación que exige la administración de instituciones o la elaboración de planes o programas, el juez se basa en un tercero, órgano investigador y consultivo, para controlar la administración de la institución.

El origen de la utilización de los terceros está en la equity como habrá podido ya entreverse por el estudio de su utilización en el siglo XIX.

Masters, monitors, mediators, administrators y receivers se emplean hoy casi sin limitación alguna. Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que el juez delegue tal función en las propias partes (180) o la realice el mismo (181).

Tanto la terminología con que se designa al tercero como sus funciones son difusas. Ni siquiera tiene porqué ser una persona individual o nombrada ad hoc. Sus poderes respectivos normalmente aparecen especificados en el decreto, aunque su origen como remedy en equidad hace que tiendan a uniformarse las distintas versiones (182). Los límites que fija la sección 53 de las Federal Rules of Procedure, al regular los masters son amplísimos.

Sin embargo, para dar idea del posible alcance de las funciones que estos terceros ejercitan, he preferido realizar la descripción a base de casos individuales, seleccionando cada una de las áreas típicas de administración judicial. No tienen más valor que el servir de ejemplos de lo que ocurre en miles de sentencias al año a lo largo del territorio de Estados Unidos.

(A) Escuelas.

De entre los numerosos ejemplos de intervención en este área, entre los que destaca indudablemente el caso de las escuelas de Boston (183), puede recogerse el de Curtis J. Berger, nombrado special master por el juez de distrito en el caso Hart v. Community School Board (184). Su odisea (185) puede resumirse en la realización de las siguientes funciones para desegregar un área en el sur de Brooklin (N. Y.) que va desde Coney Island y Brighton Beach a lo largo de la costa del Océano Atlántico hacia el norte hasta las comunidades Gravesend y Bensonhurst (unos 290.000 habitantes):

- 1) Formular planes con la limitación de la regla 53, para lo cual tuvo que sostener audiencias con todos los interesados (especialmente con los miembros de la School Board del distrito y las asociaciones de padres, de derechos civiles y autoridades locales) y negociaciones abiertas con los órganos urbanísticos planificadores locales, estatales y federales; buscar fondos para subvencionar hipotéticamente una nueva high school que se crearía para actuar como factor atrayente de de terminadas minorías; planificar los cursos académicos que tendría que proporcionar dicha escuela para realizar su función, así como los criterios de selección --

del alumnado; proponer hipotéticas órdenes de demolición de sectores de viviendas ruinosas... etc.

2) Ayudar al juez en la información pública del plan aprobado, y

3) "Soportar" el recorte casi total del mismo por el juez federal por el motivo de que "un juez federal no puede vigilar una empresa tan compleja como es el desarrollo urbano de Coney Island (186)".

En todo caso el juez no habría podido en absoluto por sí solo realizar todo este trabajo.

(B) Instituciones mentales.

Uno de los casos más famosos de la década de los 70 en Estados Unidos es Wyatt v. Stickney (187) en el que el juez de distrito Frank Johnson (188) decretó -- que "a los enfermos mentales en los hospitales públicos de ~~Alabama~~ se les negaba el derecho al tratamiento, ordenando unas series de cambios institucionales en -- los tres hospitales estatales para enfermos mentales -- (189)". En este caso el célebre juez utilizó "comités de derechos humanos" para vigilar el cumplimiento del decreto cuya ejecución encargó directamente a los acusados. Cuando los comités se vieron imposibilitados en la realización de su función, básicamente de investigación pero también con ciertos poderes coercitivos, el juez no dudó incluso en llamar al FBI (190).

Otro ejemplo puede ser el llamado caso Pennhurst (191) donde el tribunal de distrito nombró un special master para administrar el proceso de cierre de la ins

titución y el acoplamiento de enfermos en community living arrangements (192). El tribunal de apelación, a su vez, encargó a otro master la planificación de programas individuales de rehabilitación (193).

(C) Prisiones.

Existen igualmente multitud de casos. El decreto de Laaman v. Helgemoe (194) especificaba cosas tan concretas como: instalaciones higiénicas, celdas de aislamiento, régimen de comidas, protección contra incendios, asistencia médica, programas de promoción en el empleo, correo, personal en psicología, ... etc.

El de Holland v. Donelon (195) ordenaba al monitor realizar dos visitas semanales por sorpresa a la prisión local durante las cuales debía recorrer todo el complejo, hablar con los funcionarios y reclusos, hacer un informe al juez ... etc, etc, (196).

(D) Empleo.

La intervención de los jueces federales en este campo se basa en el TITULO VII de la Civil Rights Act (197). NAACP v. BRENNAN (198), por ejemplo, representa igualmente "el uso experimental de instituciones legales para asegurar la ejecución de órdenes administrativas (199)".

Un grupo de agricultores demandaron al Ministerio de Trabajo por violar repetidamente sus derechos civiles. La orden judicial requería del Ministerio que proveyera a los trabajadores del campo con servicios de empleo no discriminatorio. "La mayor parte de la responsabilidad fue delegada por el tribunal en un Special

Review Committee compuesto por tres importantes funcionarios del Ministerio, tres representantes de los trabajadores del campo y un presidente imparcial elegido por -- los seis miembros (200).

Una de las funciones básicas de este comité consistió en promulgar unos estándares de cumplimiento que especificaban hasta la saciedad el lenguaje general antidiscriminatorio de la orden (201).

(E) Distritos electorales.

Una de las funciones judiciales actualmente más complejas es la redistribución de distritos electorales motivada por los cambios de población. Desde que el poder judicial asumió la función, se preocupó la doctrina de -- tratar de investigar como resolverían el tema los tribunales (202).

En Sixty-Seventh Minnesota State Senate v. Beens (203), por ejemplo, la orden del tribunal de distrito, últimamente modificada por el T.S., cambiaba el número de distritos de 67 a 35, reducía el número de senadores casi -- al 50% y el de diputados en un 25%. Normalmente también se han utilizado terceros como en Kapral v. Jepson (204) donde el tribunal de distrito de Connecticut nombró un -- special master para formular un plan municipal redistribuidor de distritos electorales.

(F) Vivienda.

Incluso funciones tan típicamente administrativas -- como la distribución de viviendas han dado lugar a una -- intensa actividad judicial como la desarrollada con moti

vo de la larga disputa legal resuelta definitivamente -- por el T.S. en Hills v. Gautreaux (205).

Se trata de un caso de discriminación en la distribución de viviendas de alquiler en Chicago (206).

La orden del tribunal de distrito mandaba a la Chicago Housing Authority construir sus próximas setecientas unidades familiares en áreas predominantemente blancas y colocar al 75% de los individuos de la lista de espera en áreas blancas de Chicago o del condado de Cook -- (207). Posteriormente, llegó incluso a privar al City Council de la competencia de aprobación de las adquisiciones de terreno de la Chicago Housing Authority (208). Precisamente la demanda que llegó al T.S. lo que discutía era si en la planificación de actividades del Departamento Federal y de la Housing Authority local los tribunales podían extender sus órdenes a territorio fuera -- del área metropolitana.

Este pequeño repaso a la jurisprudencia no tiene, -- insisto, más valor que el ejemplificador-descriptivo de una realidad que a nosotros nos es tan lejana.

B:4.- La intervención del T.S.

(A) Introducción.

Hay que tener en cuenta que la administración de instituciones públicas por el poder judicial basándose en -- motivos constitucionales es prácticamente impensable en un sistema de justicia constitucional concentrada, de -- ahí que el T.S. se limite, como es lógico, a controlar, -- los principios y normas jurídicas básicas que regulan la

administración por los tribunales inferiores. Por otra parte, en el esquema judicial norteamericano, los tribunales de apelación de los 11 circuitos realizan una función más parecida a la del T.S. que a la de los tribunales de distrito. Existen por tanto casos en los que el control lo realiza sólo el tribunal de apelación, sobre todo si tenemos en cuenta la operatividad del writ of certiorari (209).

Limitándonos al control ejercitado por el T.S. hay que distinguir dos tipos de fundamentos: (a) Los relativos al Derecho sustantivo que da origen al planteamiento de la cuestión del remedy concreto a utilizar; (b) Los relativos a los principios que deben guiar el remedy en sí mismo.

Ambos, right y remedy, aparecían prácticamente unidos en la historia norteamericana del Derecho; ubi ius, ibi remedium no es sólo una máxima que expresa la capacidad de todo tribunal para juzgar y para ejecutar lo juzgado, sino que además resume la conexión necesaria de todo remedy con el Derecho sustantivo al que soporta. Sin embargo, modernamente las competencias de los tribunales se han visto multiplicadas de tal forma que como dice el T.S. "una vez que se ha demostrado la existencia de un Derecho Constitucional y de su violación, el ámbito competencial del tribunal de distrito en cuanto a los poderes para remediar la situación jurídica creada es muy -- amplio ... (210)". Los equitable powers se entienden hoy como inherentes de todos los tribunales y la desconexión remedy-right como un hecho dado (21).

Esta evolución ha sido la causa de que se haya difu

minado el control estricto que, como hemos visto, ejercía el T.S. en el siglo XIX. Ha sido precisamente esta evolución la que ha permitido que la administración judicial descrita sea un hecho.

Pero, en todo caso, pese a la mayor libertad alcanzada por los tribunales inferiores, el T.S. sigue teniendo y usando sus facultades de control ya que, pese a que el tema de los remedies se encuentra a mitad de camino entre las cuestiones de hecho y de derecho, este papel de control nunca fue abandonado por el T.S.

Finalmente, conviene precisar que no forma parte de este trabajo el examinar directamente las competencias respectivas de los distintos órganos constitucionales, especialmente las del Congreso, en materia de remedies. Sólo en lo que tangencialmente toque al tema objeto de nuestro interés pasaremos a estudiarlo.

(B) El Derecho sustantivo.

Repasando la lista de posibles situaciones administrativas en que se han visto envueltos los tribunales federales hay que reconocer que en todos ellos existe un derecho constitucional o legal-federal de cuya protección están encargados.

En el caso de las escuelas, la desegregación es un imperativo de la cláusula ^{de} equal protection a realizar "con toda la rapidez posible (212)", desde Brown v. Board of Education (213).

En el de las instituciones mentales, si bien el rango constitucional del llamado "derecho al tratamiento"

ha sido discutido por el T.S. (214), a nivel legal puede exigirse.

En el de las prisiones el fundamento sustantivo -- constitucional obedece a lo que se ha venido a llamar -- discrete adjudication (215): litigación relativa a derechos constitucionales concretos de la población reclusa: procedimiento debido en la audiencia ante las parole boards (216); ataques, basados en las enmiendas 5 y 8 contra el régimen de prisión provisional (217); derecho de asociación de la 1ª enmienda para los presos -- (218); ataques basados en la enmienda número 8 (prohibición de castigos crueles e inusuales) contra determinados aspectos del régimen penitenciario como el de los servicios sanitarios (219) ... etc. A veces, sin embargo, el sistema entero de una prisión o de las prisiones de un Estado lo que se ataca al amparo de la enmienda número 8 (220).

En el del empleo y promoción profesional es el TÍTULO VII de la CIVIL Rights Act de 1964 el que ha legitimado la intervención judicial.

En el de los distritos electorales fue la asunción por el T.S. en Baker v. Carr (221) y Reynolds v. Sims -- (222) lo que dio base más que suficiente para la función administrativo-judicial. El fundamento último se encuentra, naturalmente, en la cláusula de equal protection de la enmienda número 14.

En el de la vivienda fueron la cláusula de equal protection de las enmiendas 5 y 14 y, naturalmente, la Civil Rights Act de 1964 dictada en desarrollo de la -- cláusula de comercio los fundamentos sustantivos.

Sin embargo, la gran mayoría de las intervenciones judiciales proviene del reciente relanzamiento de la ~~Sección~~ 1983.

Una de las leyes más famosas del período de la ~~RECONSTRUCCIÓN NORTEAMERICANA~~ dispuso en 1871 que "toda persona que, al amparo de cualquier ley, ordenanza, reglamento, costumbre o uso, de cualquier Estado o Territorio, privare o causare la privación a cualquier ciudadano de los Estados Unidos o a cualquier otra persona, dentro de su jurisdicción, de cualquier derecho, privilegio o inmunidad garantizados por la Constitución y -- las leyes, será responsable ante la parte que hubiere sufrido el daño mediante acción de common law, equity o cualquier otro procedimiento de reparación del daño causado".

Esta ~~Sección~~ del llamado Ku Klux Klan Act es la actual 42 U. S. C. ~~Sección~~ 1983.

Su fundamento constitucional se encuentra en la -- sección 5 de la enmienda número 14 de la Constitución -- que autoriza al Congreso para legislar el desarrollo de dicha enmienda.

Hasta qué punto puede el Congreso desarrollar estos poderes es una incógnita, sobre todo cuando dicha -- legislación entra en conflicto con otras normas constitucionales (223).

En todo caso, la accionabilidad de la ~~Sección~~ 1983 fue mínima hasta 1961 (224).

En ese año el Tribunal Warren decidió en Monroe v.

Pape (225) que el recurso podía interponerse sin necesidad de agotar las vías y recursos estatales y, lo que es más importante, que bastaba estar "revestido de autoridad aunque no hubiera acto o instrucción formal, para que pudiera entenderse que las autoridades actuaban 'al amparo de ...' según la sección". Dicha sentencia, sin embargo, declaraba que sólo las personas físicas, no -- las jurídicas, eran personas a efectos de la ~~Sección~~ -- 1983.

Monroe multiplicó automáticamente la litigabilidad de la ~~Sección~~, pero el T.S. no dio ningún paso importante hasta 1978 (226).

En Monell v. Department of Social Services (227), el T.S. entendió que cualquier corporación local de nivel infraestatal estaba comprendida en la definición de persona a efectos de la ~~Sección~~ 1983 y que el remedy solicitable se extendía a todos los conocidos, incluida -- la indemnización de daños y perjuicios. Monell ha supuesto quizás por ello una de las mayores revoluciones del Tribunal Burger. En Estados Unidos, lo que en Europa es conocido como la responsabilidad administrativa -- de rango muchas veces constitucional (228), no tiene -- tal rango (229). Por ello, la doctrina de la inmunidad soberana (230) es doctrina de common law, modificable a todos los efectos, por la statute law, estatal o federal, de rango ordinario. El alcance de la inmunidad depende de la materia regulada a la que la inmunidad se -- refiere: actividad administrativa concreta regulada por el statute. La extensión, por tanto, del alcance de la ~~Sección~~ 1983 a las municipalidades ha supuesto la gran revolución que implica el pedir indemnización de daños

y perjuicios a los presupuestos públicos en vez de a los funcionarios que realizan los actos.

La revolución que Monell supuso en el tema de la responsabilidad administrativa al admitir la indemnización de daños y perjuicios por actos, hechos o "patrones de conducta" inconstitucionales, al repercutir el pago sobre los presupuestos públicos, ha sido objeto ya de un comentario del autor de esta tesis (231). Repetirlo nos alejaría de nuestro interés. A la vez, la ~~Sección~~ 1983, o mejor dicho, su rehabilitación por Monroe y Monell, raro ejemplo donde el Tribunal Burger no sólo ha seguido sino que ha ampliado la jurisprudencia del Tribunal Warren, tiene repercusiones sobre el tema de la intervención judicial que nos ocupa.

Y además esta repercusión proviene por la operatividad de la ~~Sección~~ 1983 de una forma soslayada y con una potencia de expansión enorme.

El mecanismo consiste en excluir la jurisdicción estatal, acudiendo a la federal al amparo de esa ~~Sección~~. Hasta Maine v. Thiboutot (232) se había interpretado que el término "leyes" de la ~~Sección~~ 1983 era restrictivo. A su favor tenía un abrumador argumento histórico (233). El legislador de 1871 se refería a las leyes de desarrollo de la enmienda número 14; leyes protectoras de los derechos civiles, y en aquel tiempo, casi exclusivamente del derecho de voto y de los derechos tendentes a eliminar la naciente situación de servidumbre de los recién liberados esclavos (234).

La ley examinada en Thiboutot es una ley federal de seguridad social que en los Estados Unidos es generalmen

te administrada por los Estados, que tienen un cierto - margen de libertad en la distribución de recursos. La - demanda se basaba en que funcionarios estatales negaban a presuntos beneficiarios prestaciones de un programa - (235) a las que tenían derecho según la Social Security Act Federal.

Hasta entonces las leyes de carácter prestacional (no las de libertad) se habían considerado excluidas. - ¿Incluye la ~~Sección~~ 1983 todas las leyes federales?.

Ello supondría que toda ley federal "mal" administrada por los Estados y no sólo la actividad inconstitucional podría dar lugar a indemnización o a la imposición de cualquier remedy.

Como indica el Profesor Howard, este tipo de reclamaciones, de base meramente legal, inconexa con los derechos civiles, se habían ido filtrando por el mecanismo procesal de unir una reclamación constitucional a la meramente legal (236) luego abandonando la primera, --- cuando la jurisdicción estaba ya en el tribunal federal y no en el estatal, de forma que el título por el cual estaba (la ~~Sección~~ 1983) quedaba "colgando".

Las consecuencias de un Thiboutot contemplado en - sentido amplio son aún más extensas si se comprende como opera la distribución federal de competencias económicas. Los programas federales de ayuda respetan las --- competencias estatales organizativas del servicio que - se presta: educación, instituciones mentales, prisiones, ... etc. Hasta ahora los tribunales federales sólo podían "invadir" estos sectores cuando resultaba implicado de algún modo algún derecho constitucional.

Ahora, con la expansión de la posibilidad de ampliar todo tipo de remedy para el incumplimiento de todas las leyes federales, las potenciales intervenciones administrativas se han multiplicado.

De todas formas, el T.S., el 20 de Abril de 1981, comenzó a limitar tanto la expansión del concepto de leyes de la ~~Sección~~ 1983 como la posibilidad de imponer todo tipo de remedy.

Efectivamente, en el caso Pennhurst (237) al amparo, entre otras cláusulas, de la ~~Sección~~ 1983, se pedía el cierre de una institución de Pennsylvania porque no cumplía los requisitos de la Developmentally Disabled - Assistance and Bill of Rights Act de 1975. Esta ley -- otorgaba ayuda financiera federal a instituciones mentales estatales que cumplieran ciertos requisitos federales como el del tratamiento efectivo (y no simple internamiento) de los enfermos. El T.S. dijo claramente que -- cuando la ley federal parece imponer un remedy, el recorte de fondos federales en este caso, no podría invocarse la ~~Sección~~ 1983 para crear otros remedies, a la vez que señalaba que cuando el Congreso quisiera otorgar derechos debería decirlo así expresamente en la correspondiente ley federal, pues en la ley de 1975 sólo parecía otorgarlos (a los deficientes mentales) de manera muy indirecta.

Precisamente la primera parte, el recorte de los posibles remedies, está en línea con la reciente jurisprudencia del Tribunal Burger que intenta poner coto a las intervenciones judiciales creando un concepto de -- función material judicial. Por eso volveremos sobre Pennhurst al analizar esa jurisprudencia.

(C) El problema concreto del remedy controlado por el T.S.

De nuevo aquí se hace obligado el examen sectorial de cada una de las instituciones presuntamente administradas por los tribunales federales.

Previamente, antes de describir hasta qué punto el T.S. ha admitido uno u otro tipo de control, se hace necesario aclarar los posibles tipos de control en sí mismos. Sólo muy recientemente se ha intentado sistematizar, según el grado de especificación, la función de control del remedy en el enjuiciamiento de litigios gobernados enteramente por el Derecho Público (Derecho Público que incluiría otros sectores aparte de la examinada institutional litigation, como gran parte del Derecho Administrativo y del llamado Antitrust Law).

Dichas categorías sistemáticas elaboradas por Hinkle (238) son las siguientes: (a) Decisiones que especifican el remedy: el T.S. anuncia específicamente qué tipo de remedy debe elegir el tribunal inferior para restablecer la situación creada por la violación de un derecho determinado; (b) Decisiones que especifican un grupo de remedies de entre los cuales, según la situación fáctica, puede elegir el tribunal inferior; (c) Decisiones que anuncian un principio genérico que debe guiar al tribunal inferior en su elección; (d) Decisiones que se limitan a controlar el proceso de decisión del tribunal inferior con independencia del resultado; (e) Decisiones que establecen una presunción de preferencia en favor de un remedy concreto; (f) Decisiones que controlan totalmente el remedy elegido; y (g) Decisiones que no sólo controlan la legalidad-constitucional

lidad del remedy elegido por el tribunal inferior, sino también su oportunidad.

Naturalmente, el poder de un tribunal superior para revisar hasta la saciedad los remedies es un principio reconocido cuando el remedy es en equidad, aunque - tampoco se entretiene demasiado en afirmarlo el T.S. De hecho, mientras unas veces señala que en las cuestiones de remedy el tribunal superior debe dejar gran discreción al inferior (239), en otras, califica el poder de revisión del tribunal superior como "incuestionable --- (240)". Esta discrecionalidad no sólo juega en las relaciones entre tribunales sino que es uno de los campos - donde el Congreso puede igualmente legislar por ley ordinaria.

Al analizar detenidamente los casos de las deudas municipales ya vimos como fue precisamente la confusión de las leyes procesales la causa de la confusión en la jurisprudencia.

De hecho el Congreso tiene potestad para regular - los remedies a través de la legislación procesal ordinaria. Ello no quiere decir empero que el Congreso regule concretamente cada remedy utilizable en cada caso, sino que en las leyes de enjuiciamiento federales se regulan genéricamente algunos o simplemente se remite a los remedies aplicables según la legislación de los Estados - en que operan los tribunales inferiores, o se da libertad a la jurisdicción federal para crear los suyos. Por ello, mientras las normas sustantivas son Derecho Constitucional pese a que recientemente no pueda afirmarse así categóricamente debido al creciente auge del llamado Constitutional common law (241), los remedies se entiende que son por norma general common law o statutory

law y no Derecho Constitucional (242).

Sobre esta base vamos a repasar de nuevo sectorialmente los campos de la administración judicial para ver qué tipo de control aplica en cada caso el T.S.

(a) Escuelas.

La desegregación de las escuelas, ordenadas directamente por el T.S. (243), ha sido precisamente lo que ha motivado el que los tribunales inferiores se acostumbraran a "administrar" instituciones públicas.

El Tribunal Warren se limitó a ordenar un control - (tipo C) genérico: desegrégense las escuelas "con toda la rapidez que sea posible (244)". Después de reafirmar su postura en un caso en que por primera vez se autodenominó último intérprete de la Constitución (245), rechazó el tema de cómo debería llevarse a cabo en concreto la desegregación. El control de estas técnicas concretas, - por otra parte mucho más difícil por cuanto están más lejos de los principios constitucionales, ha sido una labor agotadora del Tribunal Burger, que reemprendió la labor donde el Tribunal Warren la había dejado. Sólo Cooper v. Aaron (246), donde se reafirmó Brown frente a la oposición del Gobernador de Arkansas y Griffin v. Prince Edward County School Board (247), donde el T.S. declaró inconstitucional un intento de evitar la desegregación - mediante una combinación consistente en el cierre de las escuelas públicas acompañado de un cheque para que los niños blancos pudieran ir a escuelas privadas blancas, - se ocuparon del tema en 15 años.

Ríos de tinta se han vertido comentando cada caso,

las idas y venidas del Tribunal Burger. El T.S. se ha va lido de todos y cada uno de los tipos de control enumera dos por Hinkle para tratar de encauzar la labor auténti camente administrativa de los tribunales inferiores. Qui zás por ello convenga exclusivamente limitarnos a un bre vísimo repaso informativo de esta labor del T.S. (248).

A partir de Brown, los tribunales inferiores se de- dicaron a su labor con gran ingenio. El primer grupo re- visor de casos vino en la transición entre los dos tribu- nales: Green v. County School Board (249), Swann v. Char- lotte-Mecklenburg Board of Education (250) y Keyes v. --- School District No. 1 (251). En esta primera fase el T.S. admitió prácticamente todos los remedies que fueran úti- les para el avance de la desegregación.

Green sostuvo que no bastaba la libertad de elección de asistir a la escuela que cada alumno quisiera si ello no estaba acompañado de un resultado equilibrado: en una palabra, la enmienda 14 no sólo requería la desegrega--- ción sino que imponía la integración. Swann dio gran li- bertad a los tribunales inferiores para aplicar el reme- dy que consideraran más conveniente: en este caso, por - primera vez, el busing (transporte de niños). Keyes, el primer caso del Norte, permitió fijar los criterios por los que se podía determinar la existencia de una viola- ción de facto del mandato constitucional en el Norte --- (frente a la violación de iure que había existido en el Sur) y admitió que el remedy podía extenderse a toda la ciudad, pese a la no existencia de distritos racialmente separados, cuando esos criterios sustantivos habían de- terminado que efectivamente había existido segregación.

Sin embargo, a partir de 1974, el T.S. comenzó a li

mitar las facultades administrativas de los tribunales -- inferiores: Milliken v. Bradley (Milliken I) (252) es el caso clave. En Detroit, la ciudad constituía un distrito escolar por sí sola y los suburbios varios otros distritos. El T.S. determinó, anulando el plan del tribunal inferior, que si sólo se había probado la violación constitucional en el primer distrito, el remedy no podría extenderse a los otros, añadiendo unas consideraciones de gran trascendencia acerca de los límites a la función administrativa de los jueces, consideraciones que examinaremos posteriormente. En Pasadena City Board of Education v. Spangler (253) el T.S. anuló un plan por el que se requería la revisión anual de cuotas o porcentajes -- que cada minoría racial debía tener en cada escuela -- (254). El T.S. señaló que el tribunal inferior se había excedido en el ejercicio de sus facultades discrecionales al requerir reajustes anuales de dichas cuotas. Espacio y tiempo resultaban ya limitados.

El final del curso de 1977 representa perfectamente una nueva transición. Mientras en Dayton Board of Education v. Brinkman (Dayton I) (255), el T.S. devolvía para mayor clarificación un plan en el que una violación en -- sólo una pequeña parte del sistema escolar había dado lugar a una transformación masiva del conjunto del sistema, en Milliken v. Bradley (Milliken II) (256) el T.S. admitió por primera vez que el remedy diseñado por el tribunal inferior no se limitara a la colocación de alumnos -- sino que podía consistir en obligar al Estado a subvencionar programas especiales de educación para las minorías antes segregadas.

La nueva línea liberal de Milliken II se vio reafirmada en Columbus Board of Education v. Penick (257), --

donde el T.S. reafirmó que la obligación es una obligación afirmativa de integrar, extendiendo los criterios de Keyes: El simple efecto desegregativo basta. También confirmó la nueva línea liberal Dayton Board of Education v. Brinkman (Dayton II) (258) donde el T.S. invertía definitivamente la carga de la prueba: Basta que desde 1954 no se haya producido la desegregación para demostrar la existencia de violación: corresponde a la School Board probar que ha hecho algo por desegregar.

Naturalmente estos últimos casos sólo se fijan en los presupuestos del remedy, no en el remedy en sí mismo que sigue gobernado por Milliken I, Pasadena y Milliken II en cuanto a espacio, tiempo y materia afectados.

(b) Prisiones.

En el área de la intervención judicial de prisiones el T.S. no ha intervenido tanto pese a que se trata de una de las áreas en las que los tribunales federales inferiores han servido incluso para regular hasta el último detalle el funcionamiento de los sistemas penitenciarios. El problema reside además en que, mientras en los otros sectores la administración es reconocida como remedy, en el de las prisiones es dudoso el carácter de right o remedy de muchos de los mandatos judiciales. Algunos tribunales han hablado de un Derecho Constitucional al ejercicio físico (259) o a la clasificación y separación física de reclusos incompatibles (260).

El caso clave en esta materia ha sido Bell v. Wolfish (261). Hasta entonces el T.S. simplemente había denegado el writ of certiorari incluso dejando pasar gran-

des oportunidades en algunos casos como la de Newman v. Alabama en el que el tribunal de apelación del quinto -- circuito había tratado en profundidad el tema (262).

Pero en Wolfish el T.S. aprovechó para fijar los -- criterios en este tema utilizando los tipos A y F de los descritos por Hinkle.

A la vez que fijaba como criterio ~~gruía~~ el de que -- el tribunal inferior debía abstenerse de formular remedies específicos salvo cuando fueran "el único medio --- constitucionalmente posible (263)", indicando con ello -- que debía simplemente determinarse si existe una viola-- ción o no, pero dejando a la autoridad correspondiente -- que "hiciera inicialmente un plan (264)", el T.S. anuló directamente cinco técnicas (265) que formaban parte del decreto del tribunal inferior regulando todo el régimen de detención provisional.

Hasta entonces el T.S. había permitido que los tribunales inferiores fueran creativos como en Hutto v. --- Finney (266) donde había sostenido partes discutibles de un plan del tribunal inferior amparándose en la mejor -- "expertise" del citado tribunal de distrito (267).

(c) Empleo.

La jurisprudencia derivada del TITULO VII de la ~~Ci-~~ VII Rights Act es tan absolutamente abrumadora que ha da do lugar a cursos enteros de employment discrimination. Entrar en ella supondría cargar la tesis de datos que me han parecido irrelevantes ya que sólo pretendo dibujar -- las grandes líneas generales. A modo de ejemplo puede ci

tarse Franks v. Bowman Transp. Co. (268) donde el T.S. -- decretó que unos solicitantes de empleo a los que no se aplicó el ~~Título~~ VII tenían derecho a la antigüedad que les habría correspondido presuntamente en el caso de que hubieran sido empleados "salvo que exista otra justificación para negarles ese remedy (269)". El T.S. a continuación examinó las razones alegadas por el tribunal inferior que había considerado como suficiente determinada justificación, para rechazarlas. Se trataría en este caso, naturalmente, de un control del tipo E dentro de las categorías de Hinkle.

Hay que tener en cuenta además que frente a la acción basada en el ~~Título~~ VI de la Civil Rights Act (270) cuando la acción se basa en el ~~Título~~ VII por convenio colectivo, el T.S. admite los programas de affirmative action (271) y las correspondientes cuotas raciales que implica ésta. Hasta qué punto ello puede motivar igual amplitud para los tribunales inferiores en la fijación de los remedies sigue siendo una incógnita.

(d) Distritos electorales.

Al igual que con Brown v. Board of Education (272), el T.S. se lanzó decididamente por el camino abierto por Baker v. Carr (273).

La Voting Rights Act de 1965 impulsó todavía más -- las posibilidades judiciales de redistribución territorial.

Al igual que con las escuelas el T.S. ha ejercido -- prácticamente todos los tipos de control dependiendo del remedy que hubiera adoptado el tribunal inferior. ---

Sixty-Seventh Minnesota State Senate v. Beens (275), por ejemplo, representa lo que Milliken I en el campo de las escuelas: El límite de los remedies aplicables. El número de distritos electorales o de representantes (276) no podía cambiarse "salvo que ocasionaran desviaciones en la población de carácter relevante", lo que, en palabras de Hinkle, representa "una posibilidad remota" (277)".

Whitcomb v. Chavis (278) representa por el contrario el tipo D, ya que el T.S. anuló el decreto redistribuidor haciendo constar que el tribunal de distrito "había enjuiciado la cuestión sin apartar expresamente con razones convincentes" otras alternativas (279).

El tipo E (presunción de preferencia) ha sido utilizado por el T.S. para un aspecto muy concreto de estos decretos: la elección de distritos electorales de uno sólo o varios candidatos. La presunción actual juega, desde Connor v. Johnson (280) a favor de distritos para la elección de un solo candidato. El carácter meramente presuntivo de los distritos uninominales, que sólo opera naturalmente para los jueces y nunca para los propios legisladores cuando prefieren crear distritos con varios representantes elegibles, se puso de manifiesto en Mahan v. Howell (281) donde el T.S. aprobó un plan con distritos para la elección de varios candidatos porque la premura de tiempo le impedía hacer otra cosa.

Por cierto, el segundo de los casos examinados, -- Whitcomb v. Chavis (282), representa uno de los pocos casos de control tipo G (examen de la oportunidad del remedy) ya que la orden del tribunal de distrito simplemente le pareció al T.S. "exagerada".

Finalmente, conviene recordar que esta materia se -
rige igualmente en parte por la Voting Rights Act de ---
1965, lo que hace que algunos de los problemas no tengan
rango estrictamente constitucional. Por ejemplo, la pri-
mera admisión oficial de un remedy con affirmative action,
es decir, la validez de las discriminaciones benignas o
favorables para las minorías, generalmente por medio de
reservas de beneficios establecidos por cuotas o porcen-
tajes, vino por esta vía en United Jewish Organizations
v. Carey (283) donde el T.S. admitió que la raza se po-
día tener en cuenta como factor para redistribuir distri-
tos cuando tenía carácter "benigno" (corrector de injus-
ticias pasadas), rechazando la ilegalidad-inconstitucio-
nalidad de un plan redistribuidor de parte de New York -
que, para favorecer a la población negra, había dividido
una comunidad de judíos hasídicos.

(e) Vivienda.

Si en la desegregación de escuelas el T.S. ha limi-
tado el espacio geográfico en que el tribunal de distri-
to puede operar (284), no ha hecho lo mismo cuando se --
trata del desarrollo de la Civil Rights Act de 1964 (y -
de la enmienda 14) en materia de vivienda. Hills v. Gau-
treaux (285) rechazó expresamente que el plan del juez -
de distrito tuviera que limitarse a la ciudad y no pudie-
ra extenderse a los suburbios. El argumento utilizado --
por el T.S. para la distinción es uno de los que más --
aclara el por qué y el hasta dónde pueden llegar los jue-
ces en su administración de instituciones públicas. Vol-
veremos a él más tarde.

(f) Instituciones mentales.

En el área de la administración hospitalaria el T. S. ha puesto indirectamente los puntos sobre las íes en el caso Pennhurst (286). La opinión mayoritaria no entra ba en el tema al excluir todos los remedies cuando basta ba con el recorte de fondos federales, remedy que el Con greso parecía haber puesto con carácter exclusivo al in cumplimiento de la Developmentally Disabled Bill of --- Rights Act de 1975. El T.S. rechazó, en concreto, una de las peticiones de los demandantes: el aumento del presu puesto público estatal para cumplir los mínimos de la -- Ley (287). Naturalmente, si se rechaza la posibilidad de aumentar el gasto público se rechazará igualmente el nom bramiento de masters. Ello parece todavía más obvio por cuanto incluso los disidentes en Pennhurst se negaron a admitir que pudiera el tribunal inferior nombrar un ter cero interventor, sobre la base de que "la administra--- ción de los hospitales corresponde a los psiquiatras y a otros técnicos de las ciencias del comportamiento humano (288)".

B:5.- A modo de conclusión.

La tesis que se defiende es la de que el T.S. ha re vivificado el concepto de una función judicial sustanti va como opuesta a una función administrativa o legislati va.

El fundamento formal lo constituyen el federalismo y la separación de poderes como principios constituciona les. Ambos son los principios jurídicos en los que el T. S. se basa para defender su visión de lo que deba ser la

función de la justicia constitucional. Pero al igual -- que ocurría con los casos de las deudas municipales en el último tercio del siglo XIX, no son tanto la separación de poderes ni el federalismo en sí mismos lo que -- ha motivado la reacción del T.S., sino la concepción judicial sustantiva. Naturalmente esta concepción tiene -- que utilizar los otros dos principios como punto de referencia, como elemento frente al cual compararse. Siempre que la función sea típicamente legislativa o ejecutiva a nivel federal o legislativa-ejecutiva-judicial a nivel estatal, será un indicio de que la función no es típicamente sustantiva de la justicia constitucional.

Si repasamos el "recorte" de remedies llevado a cabo por el Tribunal Burger, dicha concepción sustantiva aparece muy claramente en el caso Pennhurst (289), el -- primero que reconoce abiertamente que no es una cuestión de gobierno local o federal, sino de "técnicos". -- En el caso de las prisiones Bell v. Wolfish (290) sigue igualmente esa tendencia: defiere al órgano competente la realización de los planes; el papel del juez es mucho más pasivo (291). Incluso en el área de las escuelas la preocupación de ver a los tribunales federales -- administrando la subestructura financiera de su organización, más que el federalismo, es lo que motivó el rechazo de la constitucionalización de la educación como interés fundamental o de la riqueza como categoría sospechosa a efectos de la cláusula de equal protection, -- rechazo que no tiene nada que ver con las discriminaciones raciales sino con la desigualdad por razón de la riqueza (292).

El que la redistribución de distritos y la desegre

gación de escuelas sean las dos áreas donde el T.S. no ha apreciado la necesidad de recortar la función sustantivo-administrativa es lógico: Brown v. Board of Education (293) y Baker v. Carr (294) han sido, sin lugar a dudas, las decisiones claves en 20 años de jurisprudencia.

El T.S. se lanzó sin reparo alguno a judicializar - ambos temas, desegregación y democracia electoral, ante la necesidad acuciante del país y la inactividad de los órganos representativos.

Milliken I (295) y Beens (296) deben por ello entenderse, ahora sí, como lo máximo a que el Tribunal Burger podía aspirar ante la gran aceptación social que tuvo la jurisprudencia del Tribunal Warren.

El segundo de ellos fija criterios administrativos de oportunidad en la elaboración de planes redistribuidos; asume, por tanto, claramente, la competencia administrativa de los tribunales inferiores.

Milliken I (297) es más complejo. El propio T.S. ha tenido ocasión de interpretarlo, para distinguirlo, en el caso de las viviendas, Hills v. Gautreaux (298), y la distinción arroja mucha luz al respecto.

El T.S. limitó el espacio geográfico para los planes de desegregación porque el ámbito competencial del órgano acusado de discriminar en la educación se limitaba al casco urbano, mientras que en el caso de la vivienda tanto la Chicago Housing Authority (órgano local) como el Ministerio de la Vivienda (órgano central), acusados ambos de la discriminación en la distribución de vi-

viendas para alquilar, podían extender sus competencias más allá del casco urbano (299). Por tanto, mientras en el primer caso se vaciaría de competencias a un órgano local (el que rige los suburbios) que nada ha tenido que ver en la discriminación, en el segundo no se vacía de competencias a ningún órgano porque se opera dentro del esquema competencial preestablecido por la ley. El órgano local en este último caso, podría haber visto anteriormente recortadas sus posibilidades si los órganos federales o locales de la ciudad de Chicago hubieran intentado desde antes evitar la discriminación (300). En una palabra, es el federalismo y no la "administración" lo que parece preocupar al T.S.

Sin embargo, ni siquiera en este caso extremo es verdad que una concepción material judicial no sea un límite. El voto particular de J. Marshall en Milliken I lo prueba: en la fase de elaboración del remedy, dice dicho magistrado, el juez de distrito no está limitado a ejercer actividades "tradicionalmente judiciales por su propia naturaleza, sino que su poder extiende hasta abarcar las actividades que sean necesarias para elaborar y aplicar un remedy efectivo(301)".

Efectivamente, las alusiones de la mayoría a las que pretende responder J. Marshall, son las siguientes: "Resulta obvio, dado el ámbito superior al de un distrito del remedy, que en ausencia de una reestructuración completa del Derecho que regula los distritos escolares, el tribunal de distrito se convertiría en primer lugar en un cuerpo legislativo de facto si pretendiera resolver todas estas complejas cuestiones, para pasar a convertirse posteriormente en el superintendente escolar de todo

el área. Esto es una tarea para la que muy pocos jueces, si es que existe alguno, están cualificados y que, en to do caso, privaría al pueblo del control de las escuelas por medio de los cuerpos representativos democráticamente elegidos (302)".

Milliken I (303) en el área de la desegregación de escuelas; San Antonio Independent School District v. Rodriguez (304) en el de la financiación de la educación escolar elemental; Pennhurst (305) en el de los hospitales; Wolfish (306) en el de las prisiones; Beens (307) -- en el de la distribución de distritos electorales ... -- etc, etc. Son líneas demasiado coincidentes como para no valorarlas en su conjunto.

El Tribunal Burger se ha decidido finalmente a ir -- poniendo límites a la intervención judicial y para ello no encuentra mejor fundamento que la introducción en la jurisprudencia norteamericana, junto a los principios -- clásicos de federalismo y separación de poderes, el prin cipo de la función judicial sustantiva.

La reacción de la doctrina es todavía un poco confu sa, quizás porque esta jurisprudencia lo es entre líneas. Sin embargo, no lo es en los justiciability cases y en -- las cuestiones políticas, supuestos donde el Tribunal -- Burger ya sí que ha ampliado este concepto de función ju dicial sustantiva abiertamente, hasta el punto de provo car nuevas excepciones por falta de jurisdicción. Esta -- última jurisprudencia aclara todavía más la anterior ya examinada; no es de extrañar, por tanto, que si la juris prudencia sobre el fondo del asunto ha causado confusión en la doctrina, los justiciability cases y la extensión

de las cuestiones políticas a los casos en que el remedy implicaría ejercicio de funciones tradicionalmente no judiciales, haya sembrado auténtico desconcierto.

B:6.- La respuesta doctrinal a esta jurisprudencia.

La respuesta de la doctrina norteamericana frente - al fenómeno de la institutional litigation ha sido varia da.

Gran parte de ella encuentra como únicos límites -- los principios del federalismo y de la separación de poderes, lo que hemos visto que es falso (308).

Otro sector, coincidente normalmente con el anterior, entiende que, por ello, las nuevas características de la función judicial, o bien deben motivar simplemente la adaptación del personal judicial, aceptando plenamente por tanto el nuevo papel que ha de jugar la justicia constitucional (309), o bien no encuentran nada extraordinario entendiendo que la nueva función encaja perfectamente dentro de la tradición judicial norteamericana -- (310), entendiendo, además, que lo que es nuevo no es el grado de administración sino los derechos sustantivos -- ahora por primera vez reconocidos como derechos constitucionales(311). La tradición a que se refiere, sin embargo, es una tradición interventora en la administración -- de personas jurídico-privadas, no de personas jurídico-- públicas. De ahí el valor del estudio de la primera parte de este capítulo y de ahí, también, que el principio federal y el de la separación de poderes salgan constantemente a relucir.

Quizás por ello convenga resaltar el acierto de po-

siciones como la de Cox, posiciones que, aunque intuitivas, afectan de pleno a la problemática que la institucional litigation plantea. Cox se enmarca dentro de la corriente de constitucionalistas que abiertamente admite - que la jurisprudencia constitucional tiene un fundamento ius-naturalista, nunca desaparecido del pensamiento jurídico dominante norteamericano (312). Debido a que su concepción general del judicial review es muy amplia, llama por ello precisamente más la atención el aviso que da a los jueces, y al T.S. en particular, en caso de que éstos decidan continuar invadiendo áreas que llevan necesariamente a la administración de instituciones públicas - (313).

Su argumento básico consiste en preconizar la falta total de consensus a la que la administración cotidiana de instituciones, que exige decisiones de política concreta y no de principios jurídicos, puede llevar. Esta actuación judicial "multiplica las ocasiones de conflicto entre los tribunales y todos los restantes poderes. - Cada conflicto crea tensión y conlleva riesgos (314)".

Por otra parte, la capacidad de los jueces para administrar o legislar es, como poco, dudosa: "el personal y el proceso que son adecuados para determinar la culpa o la inocencia de una persona acusada de hurto, o la contribución de culpas en una colisión de buques, están mal adaptados para la reforma del sistema penitenciario de un condado o Estado (315)".

Cox no es el único que se ha ocupado del tema desde un punto de vista general.

También el renombrado filósofo del Derecho Fuller - hizo del tema uno de los distintivos básicos de la noción de adjudicación (versus la de contratación o legislación como sistemas, todos ellos, de solución de conflictos). Amparándose en su noción de policentrismo (316), - rechazó que los problemas regidos por este principio pudieran ser objeto de adjudicación (317).

Es ésta probablemente la versión del tema a la que más se acerca la jurisprudencia del Tribunal Burger con su concepto material de adjudicación.

Sin embargo, como ha puesto de relieve Horowitz, el policentrismo no es quizás más que una de las posibles - variables determinantes de la erosión del consensus o de la aceptación social de la jurisprudencia.

Horowitz, en uno de los trabajos que ha tenido recientemente más éxito en la literatura jurídica norteamericana, parte del hecho consumado de que los tribunales se han visto envueltos en la elaboración de lo que él - llama social policy: actuación tendente a cambiar las estructuras sociales sectorialmente (318).

No se plantea el tema de la legitimidad de esa actuación en absoluto, sino que, con criterios utilitaristas, de científico-social más que de jurista, siguiendo la gran tradición norteamericana de los estudios de la - jurisprudencia desde la óptica de la ciencia política -- (319), ha investigado los criterios que con mayor acierto pueden motivar el éxito de esa social policy judicial.

Su método consiste en analizar qué intervenciones -

judiciales tienen una mayor expectativa de "impacto" social (320), lo que puede ser útil si se engarza con el tema de la legitimidad: ¿qué decisiones pueden tener expectativas de generar consensus?. Este impacto será mayor cuanto más carácter comunal (versus asociativo) tenga el problema en cuestión; cuanto más parecido tenga -- con otros sectores ya judicializados; cuanto más referencia haga la sentencia a aspectos procedimentales (versus sustantivos); cuanto menos policéntrica sea la cuestión y cuanto menos genere una redistribución de recursos -- (321).

Hasta qué punto son reales tales proposiciones es -- una cuestión valorativa que dejo al criterio del lector de estas páginas y de los estudios sobre casos reales en las áreas ya examinadas por nosotros que acomete la obra de Horowitz.

Finalmente, no queda sino señalar que hay un aspecto de la institutional litigation que ha sido conscientemente evitado: el de sus efectos sobre los presupuestos locales o estatales. La última parte de esta tesis trata directamente el tema.

II:3.- LOS LLAMADOS JUSTICIABILITY CASES: UN INVENTO DEL TRIBUNAL BURGER PARA EVITAR EL CONTROL APRIORISTICO DE PODERES EJECUTIVOS, LEGISLATIVOS Y JUDICIALES FEDERALES, ESTATALES O LOCALES, BAJO LA IDEA DE QUE ESOS CONTROLES SE EXCEDEN DEL CONCEPTO DE JURISDICCION.

A.- INTRODUCCION: LAS CATEGORIAS CLASICAS ACERCA DE LA FALTA DE JURISDICCION.

El T.S. norteamericano utiliza una gran cantidad de técnicas para no entrar en el fondo del asunto. Todas ellas suelen conocerse bajo el nombre genérico de "técnicas de elusión" (avoidance techniques), ó, siguiendo los juicios de valor de Alexander Bickel, las "virtudes pasivas" del T.S. (322).

Formalmente todas estas técnicas son perfectamente distinguibles y se basan a la vez en el requisito de que se trate de un caso real y no ficticio (case and controversy del artículo III de la Constitución), en las leyes federales de procedimiento o en las Supreme Court Rules que elabora el propio T.S. (323).

No pretendemos aquí ni mucho menos hacer una exposición de la legislación y jurisprudencia que las regula, tarea exhaustiva que podría dar lugar a una tesis paralela a la actual, sino que tan sólo intentaremos de limitar brevemente su distinta concepción y eficacia. Dejamos por ello fuera el tratamiento de las órdenes de suspensión (stay) o el de los writs extraordinarios como el de mandamus, prohibition o habeas corpus (324) -- así como la doctrina de "our federalism" que impuso el

caso Younger v. Harris (325), o la llamada abstention doctrine (326) y la problemática de la enmienda número 11 (327), estas tres últimas doctrinas jurisprudenciales acerca de la división de competencias procesales entre los estados y los tribunales federales.

A:1.- La jurisdicción de certiorari y de apelación.

La gran variedad de posibles caminos por los que se puede llegar al T.S. parte de una división básica entre la jurisdicción reglada y la discrecional. En estricta teoría el ejercicio de la jurisdicción de apelación es reglado, matter of right, dicen Stern y Gressman --- (328), porque el Congreso la impone como derecho de los litigantes. La jurisdicción de certiorari, por el contrario, es totalmente discrecional (329). Sin embargo, aparte de que parece ser que se va a suprimir por el --- Congreso el carácter reglado de la primera (330), de hecho el T.S. se valía de varias técnicas para darla un carácter prácticamente equivalente al certiorari como veremos. En todo caso este certiorari se convirtió desde 1925 en el primordial recurso (331) y la jurisdicción de apelación se había limitado mucho por leyes de 1925, 1948, 1971 y 1974 (332). El T.S., aun así, había adoptado la práctica de suprimir las listas y limitar la extensión posible de los escritos de las partes en la gran mayoría de los casos y, sobre todo, desde 1928, había requerido que en las apelaciones procedentes de los tribunales estatales "se fundamentaran los motivos por los que se opinaba que el tema era de importancia sustancial (333)". Esto introdujo los rechazos de jurisdicción por ausencia de cuestión federal sustancial --- (334) que el T.S. maneja tan discrecionalmente como el

certiorari, y en el caso de que la apelación provenga de tribunales federales inferiores, el T.S. se limita normalmente a "afirmar" las sentencias sin comentario alguno (335).

Pero lo que a nosotros nos interesa más es el respectivo valor de los rechazos de la jurisdicción de certiorari y de la admisión de insustancialidad (en el caso de que provenga de tribunales estatales) y afirmaciones sumarias(~~si~~ proviene de tribunales federales).

En cuanto al certiorari, la doctrina ortodoxa, ex puesta por J. Frankfurter es la de que sólo significa que no se han alcanzado los cuatro votos necesarios para que el T.S. analice el caso. No tiene más valor --- (336). Sin embargo, la práctica de publicar a veces -- los votos particulares contra la no apreciación de esta jurisdicción hace que la versión ortodoxa se tambalee al salir al exterior el motivo de la discusión --- (337).

Por el contrario, la apelación es jurisprudencia estricta según la versión ortodoxa pasando los fundamentos del tribunal inferior a ser "convalidados" por el T.S. (338); pero al no desvelarse los motivos de la afirmación de la sentencia del tribunal inferior, se ha producido el fenómeno de que su valor como precedente ciertamente es bastante menor que el de una sentencia normal (339).

Desde luego lo que no existe es un acuerdo unánime acerca del respectivo valor de cada uno de estos su puestos.

A:2.- Advisory Opinions.

Una vez que el T.S. ha apreciado su jurisdicción - inicialmente, puede, sin embargo, denegar la petición - de entrar en el fondo del asunto sobre la base de la -- existencia de vicios de falta de jurisdicción. Estos -- son los supuestos de non-justiciability que se agrupan entorno a varios conceptos: advisory opinions, standing, mootness, ripeness y political questions (340).

En realidad la primera es el concepto genérico que engloba a todas las restantes: el T.S. no puede ser un órgano asesor pues su función es la de enjuiciar. Ha ha bido multitud de supuestos históricos de rechazo de la jurisdicción por este motivo desde que en 1793 el T.S., en carta dirigida a George Washinton²⁴, se negara a asesorarle acerca de la postura que los Estados Unidos debiera n mantener ante la guerra anglo-francesa (341). Sin embargo, desde 1934 (342), por Ley Federal se instituyó la posibilidad de declaratory judgments (343), especie de cuestión de inconstitucionalidad pero sin n^{is}iquiera previo proceso. Consiste en que los particulares, ante una situación de incertidumbre, generalmente motivada - por la inconstitucionalidad de leyes penales o sancionado ras, pueden pedir a un tribunal que se pronuncie con fuerza vinculante acerca de la posibilidad jurídica de ciertas conductas (344).

A:3.- Standing.

Equivale a nuestra legitimación. Las normas aquí - son usualmente jurisprudenciales, derivadas de la interpretación por el T.S. del artículo III de la Constitu--

ción, a la vez que son posibles las leyes procesales -- promulgadas por el Congreso. En la actualidad la doctrina del T.S. es bastante confusa tras el recorte de la -- jurisprudencia progresiva de Flast v. Cohen (345) por el Tribunal Burger (346). Una especialidad son las llama-- das class actions, acciones de clase, en las que una acción particular puede certificarse como tal acción de -- clase al amparo de la Ley Federal pasando entonces a -- constituirse como parte (a las que afecta desde luego -- el fallo) todos los englobados en la categoría (347). -- El tema, además, se complica con la teoría anglosajona de las causes of action, es decir, si una norma otorga o no accionabilidad directa a los sujetos sobre los que repercute.

A:4.- Ripeness.

Implica que un caso no está lo suficientemente maduro, como tal conflicto, como para constituir un caso o controversia del artículo III. Aquí la doctrina es totalmente jurisprudencial. Supone un análisis prospectivo: si hechos futuros pueden determinar una mejor estructura del caso para su enjuiciamiento.

Establecida en 1947 en el caso United Public Workers v. Mitchell (348), su finalidad es la de evitar que se produzcan advisory opinions mediante el planteamiento de casos-test en los que las partes no van a sufrir consecuencia alguna fuere cual fuere el contenido de la sentencia.

A:5.- Mootness.

Es el supuesto contrario. Los hechos han evolucionado.

nado de tal forma que sea cual fuere el contenido de la sentencia, ésta no va a tener repercusión alguna. Roe - v. Wade (349) supuso un principio de su quiebra si se interpreta en el sentido de que no se puede apreciar en aquellos casos en que resultaría imposible enjuiciar la constitucionalidad de cualquier precepto debido al lapso de tiempo (más de 9 meses, desde luego, en el caso del aborto) en que se tarda en llegar al T.S. Defunis - v. Odegaard (350), sin embargo, un año después, apreció mootness en una alegación de discriminación racial benigna (la primera que llegaba al T.S.) porque el discriminado (un estudiante de Derecho) ya había acabado la carrera.

Todos estos posibles fallos son distintos de la denegación de certiorari porque el T.S. ejercita su jurisdicción, al menos, para declararse incompetente. Y las sentencias sientan jurisprudencia aunque de carácter -- procedimental naturalmente. Por otra parte, pese a las propuestas de Bickel (351), el T.S. tiene que fundamentar el fallo en un principio constitucional: el artículo III, o en las leyes federales, por lo que toda esta jurisprudencia difiere sustancialmente de la discrecionalidad que permite el writ of certiorari.

Las cuestiones políticas, falta de jurisdicción -- que goza de gran tradición histórica en la jurisprudencia del T.S., son, sin embargo, distintas como tendremos ocasión de ver. Afectan más a los criterios de fondo que al requisito del caso y controversia y enlazan -- directamente con el tema de la naturaleza política o jurídica de la justicia constitucional, de ahí que merezcan un estudio aparte.

B.- LOS LLAMADOS JUSTICIABILITY CASES.

Pues bien, el Tribunal Burger ha introducido una nueva jurisprudencia limitadora de la jurisdicción. Su fundamento, además, no tiene nada que ver con las técnicas tradicionales sumariamente descritas aunque en algunos casos se solapan con el concepto de legitimación. Sin embargo, cuando así ocurre, el fundamento del fallo tiene dos partes perfectamente diferenciadas (numeradas aparte incluso) por lo que no se puede clasificar a estos casos como casos de falta de legitimación tal y como hace un sector de la doctrina (352).

Su atipicidad ha llevado a la doctrina norteamericana a clasificarlos genéricamente como casos de "federalismo" (353) ó a inventar una categoría nueva sea con el nombre de justiciability cases (354) ó con el de "otras contingencias del caso (355)" y a revestirlos de epítetos como los de "aberración (356)".

Los tres llamados justiciability cases son Laird v. Tatum (357), O'Shea v. Littleton (358) y Rizzo v. Goode (359).

Laird fue el primero y se explica fácilmente el por qué dio lugar a toda la jurisprudencia posterior. La demanda se basaba en la inconstitucionalidad de un Registro de Inteligencia Militar destinado a archivar datos acerca de los participantes en manifestaciones y reuniones legales, normalmente anti-Vietnam. Los demandantes alegaban que la existencia de ese archivo producía un "efecto inhibitorio real" (chilling effect) del ejercicio de las libertades de la primera enmienda.

El T.S. no admitió el argumento por dos motivos. - El primero de ellos, probablemente el fundamental, era el de falta de legitimación pues el efecto inhibitorio no se aprecia como suficiente interés a los efectos de vencer el requisito de legitimación salvo en casos muy excepcionales.

Bastaba con este argumento para declarar no justificable el caso. El T.S., empero, añadió otros argumentos: la única solución a que una aceptación de la justiciabilidad del caso podría llevar sería a un control -- constante por los jueces de las actividades que lleva a cabo el ejecutivo (en su rama de defensa) para así impedir que se creen estos archivos; "tal papel de monitores constantes de la sabiduría y oportunidad de los actos del ejecutivo es propio del Congreso, actuando por medio de sus comités de investigación y del power of the purse (360)".

Junto al problema de la falta de legitimación, --- pues, C. J. Burger añadió una consideración distinta: - el remedy a que daría lugar implicaría el ejercicio de funciones esencialmente no judiciales.

O'Shea puso mucho más de manifiesto que la segunda parte de Laird no era mero obiter dictum. El caso proviene de una acción de clase de residentes blancos y negros de Cairo, Illinois, entablada contra dos jueces locales alegando la discriminación en la administración de justicia (básicamente persecución discriminatoria de la comisión de delitos leves y faltas) contra los que -- protestaban en manifestaciones y reuniones antirracistas. En concreto alegaban que dos de ellos habían sido arres

tados y procesados con infracción de varias enmiendas constitucionales (la primera, la sexta, la octava, la decimotercera y la decimocuarta).

De todas formas la acción no se dirigía en concreto contra esos dos arrestos y procesamientos sino en general contra el patrón de conducta de los dos jueces locales.

El T.S. de nuevo adoptó tres argumentos distintos. El primero, del tipo de standing, señalaba que gran parte de los que se habían incluido en la clase no habían sufrido daño real y que los que lo habían sufrido debían haber demandado por ese hecho en concreto. El segundo argumento está relacionado con el principio de "our federalism" (361), indicando el T.S. que si se admitiera la demanda se podrían recortar en gran medida las potestades de los Tribunales estatales, trasladando al ámbito federal la jurisdicción; esta doctrina es una equivocación patente del T.S. porque la situación en O'Shea no suponía traspaso alguno de competencia con suspensión de proceso estatal alguno, que es el campo donde se aplica propiamente la doctrina citada. El tercer argumento, sin embargo, afectaba a la naturaleza del remedy. La única solución, caso de aceptarse la demanda, sería "impracticable" porque supondría un control a priori, el de la continua vigilancia, sobre los tribunales locales, actividad no judicial por esencia al implicar administración de poderes autónomos como son los de los Estados sobre sus propios juzgados o tribunales (362).

Rizzo v. Goode, el tercer caso, es todavía más llamativo. Al amparo de la ~~Section~~ 1983 (363), asociacio--

nes pro derechos civiles de Philadelphia, en acción de clase, demandaron a la policía local, agentes y directores, de diversas prácticas discriminatorias: arrestos - vejatorios y otras conductas promovidas, parecía ser, - por quasi-instrucciones verbales de carácter general.

El decreto del tribunal de distrito, negociado entre las partes y aceptado enteramente por la policía -- cuando llegó el caso al T.S., les imponía la elabora--- ción de una instrucción que debían seguir todos los --- agentes para evitar estas prácticas, instrucción que in--- cluso funcionaba ya plenamente.

De nuevo volvió el T.S. a repetir los tres argumen--- tos de O'Shea, insistiendo en que el remedy suponía un control de los poderes ejecutivos estatales-locales, -- que no corresponde a los tribunales federales cuya fun--- ción debe limitarse a enjuiciar casos concretos.

C.- SU ANOMALIA RESPECTO DE TODOS LOS PRINCIPIOS HASTA EN---
TONCES VIGENTES.

Dejando de lado el tema de "our federalism", ya -- que como hemos visto los principios de Younger v. Harris (364) son absolutamente inaplicables, al no suponer sus--- pensión alguna de procesos estatales, la mayoría de la doctrina realza el aspecto de ausencia de daño efectivo a efectos de la legitimación.

Tan es así que consideran el argumento final, el -- de los remedies como mero dictum, señalando el absurdo de que el T.S. entrara en el fondo, tratamiento que -- siempre se da a las cuestiones de remedy (365) cuando -- la falta de jurisdicción había sido ya apreciada como --

falta de legitimación, ~~llegando~~ llegando incluso algunos libros de texto ordinarios, compuestos por casos resumidos, a no mencionar absolutamente nada acerca de esta parte de las sentencias y a no recoger el apartado que hace referencia al aspecto remedial (366).

Efectivamente ésta sería la explicación tradicional ya que la jurisprudencia, ya conocida por nosotros, de los casos de la deuda municipal, jurisprudencia en todo momento de fondo, había seguido imperando siempre que el T.S. recortaba los decretos de los tribunales inferiores por inmiscuirse demasiado en asuntos legislativo-ejecutivo-judiciales de naturaleza estatal o local (367).

Pero nada autoriza a conceptuar esta jurisprudencia como mero obiter dictum, singularmente cuando el tema fue discutido a fondo en la conferencia de magistrados del T.S. ya que todos los votos particulares en los tres casos (4 jueces en todos) se basaban en que la naturaleza del remedy no tenía que nada que ver con el tema de la apreciación o no de jurisdicción, criterio -- obviamente no compartido por las respectivas mayorías.

La clara estructuración de los votos mayoritarios en dos o tres apartados, uno de ellos específicamente dedicado a mencionar que el remedy que de apreciarse la demanda se impondría supondría inmiscuirse en funciones ejecutivas federales (Laird) o judiciales (O'Shea) y ejecutivas (Rizzo) locales, parece creer dar a entender -- con toda su crudeza que se era plenamente consciente de que se estaba creando un nuevo motivo de no justiciabilidad.

D.- ¿CUAL ES EL FUNDAMENTO DE ESTA ANOMALIA?.

A mi juicio el fenómeno es fácil de interpretar. - Si en áreas donde los tribunales ya llevaban tiempo realizando funciones quasi-administrativo-legislativas el Tribunal Burger ha empezado a limitar los poderes de -- los jueces federales, en pro de una concepción sustantiva de la función judicial, en las áreas que se le ofrecen como totalmente nuevas, casos de la ~~Sección~~ 1983 de reciente expansión a patrones o prácticas inconstitucionales, el T.S. ha cortado de raíz todo intento de judicializar estas áreas, llegando a conceptuar el requisito de que se trate de una función judicial sustantiva -- como un requisito de jurisdicción, negándose por tanto formalmente a entrar en el fondo del asunto utilizando para ello una técnica exactamente igual a la que utiliza en las cuestiones políticas: no entra en el fondo -- del asunto formalmente pero de una manera ficticia sí -- que lo analiza porque ~~si~~ no sería capaz de averiguar si realmente se está ejerciendo una función sustantivamente judicial.

En una palabra, ha creado otra categoría de no justiciabilidad que opera con la misma técnica que la de -- las llamadas cuestiones políticas como luego veremos.

Aunque en Laird sí podría haber configurado el caso como una cuestión política, ya que la deferencia se hace a otro poder de la Federación, como por otra parte ha hecho en un caso que realmente se parece más a Laird que a toda la jurisprudencia anterior de cuestiones políticas, el Tribunal Burger no lo asimiló a las cuestiones políticas porque la primera enmienda nunca había da

do lugar a pronunciamientos que admitieran esa doctrina. Pero, como luego veremos, Laird se explica mucho mejor desde esa otra doctrina.

Por el contrario, con O'Shea y Rizzo nunca hubiera podido decir que se trataba de una cuestión política, ya que desde Baker v. Carr (368) es jurisprudencia del T.S. que, cuando lo que se enjuicia son actos de poderes estatales, nunca hay cuestión política, quedando éstas limitadas a actos del Ejecutivo y del Congreso federales.

A mi juicio, por tanto, lo que ha operado el Tribunal Burger es una expansión del ámbito estatal de la doctrina de las cuestiones políticas, ya que los fundamentos de los justiciability cases se basan en exactamente los mismos principios que aquéllas: separación de poderes (añadiendo, naturalmente, los poderes estatales) y función por esencia no judicial.

Con esto llegamos al campo donde, desde siempre, el T.S. ha intentado definir en qué consiste la función judicial: el de las cuestiones políticas.

II:4.- LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLITICAS.

A.- INTRODUCCION.

Las llamadas cuestiones políticas son tan antiguas como el mismo judicial review, pues, en el mismísimo -- Marbury v. Madison (369), C. J. Marshall hablaba de --- ellas como veremos más adelante. De todas formas su formulación como doctrina judicial procede del siglo XIX.

No nos interesa tanto exponer su larga historia como repasar el reciente debate doctrinal, manifestación de un debate probablemente inacabable, entorno a su naturaleza jurídica y, sobre todo, los cambios habidos recientemente en la delimitación de las áreas (y precep--tos constitucionales) que abarcaba antes del Tribunal Warren.

De momento nos basta con apuntar que son supuestos en que el T.S. considera que no tiene jurisdicción para enjuiciar un asunto porque su naturaleza es política; - para lo cual necesita entrar a fondo en el examen del - caso en todos sus aspectos.

La gran salida al foro público de la citada doctrina procede de uno de los puntos del célebre debate en--tre el juez Learned Hand y el profesor Herbert Wechsler (370), de aquí que sea éste un apropiado punto de partida.

B.- EL DEBATE HAND-WECHSLER.

A:1.- La teoría de Hand.

El juez Learned Hand aludía a esta doctrina como un ejemplo de su posición acerca de la necesidad de restraint de los tribunales: "dado que el judicial review no es una derivación lógica de la estructura de la Constitución sino sólo una condición práctica del éxito de su operatividad, no necesita ser ejercitada siempre que un tribunal ve, o cree ver, una invasión de la Constitución. Siempre constituye un problema preliminar el examen de la conveniencia de que los tribunales den o no respuesta a la demanda planteada. Puede resultar mejor dejar que el problema se solucione sin ninguna decisión autorizada; ó quizás la única solución es una que el T. S. no tiene medio adecuado alguno de hacer ejecutar. Como todos sabemos, el T.S. ha rehusado con firmeza decidir cuestiones constitucionales que cree que suponen 'cuestiones políticas' -un término que nunca ha intentado definir el mismo T.S.- aunque esta doctrina siempre ha constituido una bofetada para los defensores de la posibilidad de interpretación jurídica estricta de la Constitución (371)".

De esta manera reformulaba Hand lo que ha venido a llamarse la teoría prudencial de la doctrina de las cuestiones políticas.

A:2.- La teoría de Wechsler.

El profesor Wechsler, por el contrario, revivió, al año siguiente, lo que ha venido a llamarse la teoría clásica de las doctrinas políticas: "todo lo que la doctrina puede honestamente implicar es que los tribunales están llamados a juzgar si la Constitución ha deferido a otro poder constitucional la autonomía o discrecionalidad

dad de la determinación de la cuestión concretamente planteada, una averiguación que por sí misma requiere un proceso de interpretación jurídico-constitucional (372)"; - "el único juicio posible que puede llevar a una abstención en la decisión consiste en que la Constitución ha de ferido la determinación de la solución del problema a -- otro poder constitucional distinto del que ostentan los -- tribunales (373)".

Pero Wechsler también afirmó que la denegación del writ of certiorari era "una cuestión totalmente distinta" pues aquí la discrecionalidad estaba perfectamente admitida y el propio T.S. normalmente intentaba sujetar a ciertos estándares de igualdad el uso de la entonces regla 19, hoy 25, (374). Finalmente, como Albert ha puesto de relieve, el profesor Wechsler también indicó que "el Derecho -- común de los remedies, tanto de carácter jurisprudencial como estrictamente legal, también determina a veces si -- hay un caso que requiera o no adjudicación (375)". Volveremos sobre estos diversos aspectos de la doctrina y del debate.

C.- LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES WARREN Y BURGER.

Poco después del debate, el Tribunal Warren intentó, por primera vez en la historia del T.S., definir la no -- ción de cuestiones políticas en Baker v. Carr (376). El -- voto mayoritario de J. Brennan sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina con anterioridad se trataba: a) De un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) De una carencia -- de estándares judiciales apropiados para el enjuiciamiento de esa materia; c) De una imposibilidad de que la deci--

sión pudiera basarse en fundamentos de carácter no político apropiados para un tipo de discrecionalidad claramente judicial; d) De una imposibilidad de que la decisión judicial no representase una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) De una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada por otro poder; ó, f) De una cuestión que podría producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos, igualmente válidos, por los distintos órganos constitucionales.

La citada sentencia, que habría paso a la judicialización de las divisiones territoriales electorales (377), indicando precisamente que no eran una cuestión política, daba lugar así a un giro total en la jurisprudencia del propio T.S. en esta materia, pues desde 1946, en el caso Colegrove v. Green (378), el T.S. había dicho que la cláusula de garantía (379) no era apta para el enjuiciamiento por los tribunales federales, de tal forma, que, al ampararse las demandas de redistribución de distritos electorales en esta cláusula, dichos tribunales tenían que abstenerse por falta de jurisdicción. El fundamento para este cambio en la doctrina consistió en amparar la judicialización de la redistribución de distritos electorales en la cláusula de equal protection, nunca hasta entonces alegada por las partes para fundamentar dicha judicialización dado que dicha cláusula había dormitado durante casi 100 años hasta su rehabilitación por el Tribunal Warren.

Baker v. Carr (380), por otra parte, dejó muy claro, como ya sabemos, que cuando el poder impugnado es estatal no se aplica la doctrina de las cuestiones políticas.

En el último voto que redactó C. J. Warren, también voto mayoritario, el célebre Presidente del T.S. se enfrentó otra vez al tema de las cuestiones políticas "invadiendo" una de las áreas que tradicionalmente había siempre sido citada como ejemplo prototípico de deferencia de la decisión a otro poder y, por ende, de cuestión política. Incluso Wechsler había citado como una típica cuestión política "la admisión o expulsión de un senador o diputado (381)". Aun así, en Mc Powell v. Cormack (382), el T.S. entró de lleno por primera vez a revisar la expulsión de un representante parlamentario federal anulando la decisión del Congreso ante los ojos atónitos del resto de los representantes parlamentarios.

El Tribunal Burger ha tenido multitud de ocasiones para hablar de la doctrina de las cuestiones políticas.

Haciendo un breve repaso de las áreas tradicionales en las que se venía aplicando la doctrina de las cuestiones políticas conviene señalar que el Tribunal Burger no ha emitido jurisprudencia alguna acerca del impeachment del Presidente, cláusula de garantía o enmiendas constitucionales (383).

Pero en cambio sí se ha enfrentado a dicha doctrina en el área de las relaciones exteriores: los llamados Vietnam cases (384) y Goldwater v. Carter (385); en el campo de los poderes de los partidos políticos: O'Brien v. Brown (386) y Cousins v. Wigoda (387); en el área de los privilegios del ejecutivo: United States v. Nixon (388); en el ámbito, de nuevo, de la admisión o expulsión de senadores: Roudebush v. Hartke (389); e, - importantísima decisión en lo que afecta a los derechos

constitucionales de los funcionarios, en la esfera del --
llamado spoils system: Elrod v. Burns (390).

Gilligan v. Morgan (391), el caso que asimila la --
doctrina de las cuestiones políticas a la de los llama--
dos justiciability cases, puede incluirse dentro de la --
categoría general de deferencia a otros poderes constitu--
cionales federales.

D.- LA INTERPRETACION DE ESA JURISPRUDENCIA.

D:1.- La doctrina sigue existiendo.

El Tribunal Burger ha reaccionado vigorosamente con--
tra una cierta tendencia de la doctrina constitucional y
de la jurisprudencia de los tribunales inferiores que --
preconizaba que la doctrina de las cuestiones políticas
estaba disminuyendo en vitalidad debido a la jurispuden--
cia del Tribunal Warren. El T.S. afirmó tajantemente en
Gilligan v. Morgan (392) que "el que esta doctrina no se
haya aplicado a ciertas situaciones muy cuidadosamente --
delimitadas no es razón suficiente para que los tribuna--
les federales asuman su total abandono". La aplicación --
de la doctrina de las cuestiones políticas en Goldwater
v. Carter deja también meridianamente claro que el T.S.
no ha abandonado la doctrina pese a la actuación del tri--
bunal que le precedió (393).

Efectivamente el Tribunal Burger ha dado así res--
puesta a la pregunta que en 1976 se formulara Henkin pa--
ra llegar a la conclusión de que todas las decisiones re--
lativas a las cuestiones políticas podían y debían consi--
derarse como sentencias de fondo (394). Para Henkin el --
problema era exclusivamente uno de remedy. Es la inade--

cuación del remedy en equidad buscado por las partes lo que hace surgir la doctrina de las cuestiones políticas (395). También Albert rechazó que existiera conexión alguna entre las concepciones generales que los jueces tuvieran acerca del judicial review y la justiciabilidad o no justiciabilidad de cualquier tema: se trata sólo de una cuestión de accionabilidad de derechos (396).

Estas posiciones doctrinales no pueden sin embargo ser asumidas como si fuesen mayoritarias en la doctrina constitucionalista norteamericana. La idea más extendida, por el contrario, da por supuesto que las sentencias de cuestiones políticas no son en absoluto sentencias de fondo. Y, naturalmente, tienen razón ya que el T.S. como veremos se cuida mucho de hacer el pronunciamiento de falta de jurisdicción.

De hecho en el mismo caso que dio origen al judicial review, Marbury v. Madison (397), C. J. Marshall delimitó la función constitucional del T.S. al análisis sólo de ciertos problemas de interpretación constitucional: "la Constitución de los Estados Unidos otorga al Presidente ciertos importantes poderes políticos, en cuyo ejercicio puede y debe usar su discrecionalidad y por cuyo ejercicio es sólo responsable políticamente ante su país y ante su conciencia (...) Y cualquiera que sea la opinión que se tenga acerca de la forma en que se hace uso de esa discrecionalidad ejecutiva, no existe, ni puede existir, poder para controlarla. Esas materias son políticas. Afectan a la Nación, no a los derechos individuales, y, al estar confiada la potestad al ejecutivo, su decisión es totalmente determinante".

Así pues, Marbury presume que existen dos tipos di

ferentes de poderes constitucionales: discrecionales y --
no discrecionales. Estos segundos no son judicializables.

D:2.- El reconocimiento del múltiple fundamento de la --
doctrina.

Baker v. Carr (398) supuso el reconocimiento expre-
so de cuantas teorías habían intentado explicar la doc--
trina de las cuestiones políticas. Ya hemos hablado de --
unas doctrinas clásica y prudencial de las cuestiones po-
líticas. La primera entiende que el único motivo posible
para eludir el deber de adjudicar es el ^{de} que la Constitu-
ción haya encomendado la capacidad de decisión a otro po-
der constitucional. Esta teoría había sido defendida por
Weston en 1925 (399) y, más tarde, por Wechsler. Baker -
v. Carr (400) la acogía en el primerø lugar de sus cate-
gorías especificando la necesidad de que la deferencia --
del poder a otro órgano constitucional fuera "textual".

La teoría prudencial, defendida por Hand, había si-
do también formulada con anterioridad, en 1924, por ---
Finkelstein (401) y en 1936 por Gordon Post (402), para
ser reafirmada con gran éxito por Bickel en 1962 (403).
Bickel distinguía entre sentencias de fondo, a quiénes --
debería aplicarse totalmente la teoría de los principios
jurídicos neutrales (404), y las sentencias de ausencia
de jurisdicción, que el T.S. debería utilizar cuando su
autoridad pudiera verse dañada o cuando no existiera ---
realmente un compromiso social acerca del principio jurí-
dico aplicable.

Como ha dicho Tribe, los tres últimos factores men-
cionados en el test de Baker "todas ellas se basan en --

consideraciones de prudencia (405)".

Finalmente, en 1966, Scharpf enunció lo que ha venido a llamarse el enfoque funcional. Explicaba la doctrina como una reacción necesaria frente a las dificultades de adjudicación de carácter funcional como la necesidad de que haya uniformidad en las decisiones de todos los órganos constitucionales, la ausencia de canales adecuados de información para la toma de decisión o el reconocimiento de que la responsabilidad del proceso constitucional también corresponde a otros poderes constitucionales. Su enfoque es el resultado típico de la aplicación de la policy-oriented jurisprudence a la doctrina de las cuestiones políticas (406). También las dos categorías intermedias de las enunciadas en Baker admiten este enfoque.

Una variante de la teoría funcional es la que hace referencia a la imposibilidad de enjuiciar problemas policéntricos. Para Ducat las cuestiones políticas son un ejemplo típico de problema policéntrico que por su naturaleza exige un acomodo de intereses que los jueces no pueden llevar a cabo ya que no hay principios jurídicos tajantes para separar dichos intereses y jerarquizarlos claramente (407).

Una última versión de este enfoque funcional es el de Paust, quien, recogiendo, ahora sí ya fielmente, la doctrina de la policy-oriented jurisprudence, entiende que es la falta de consensus social la explicación de la existencia de la doctrina de las cuestiones políticas (408).

D:3.- La introducción de dos nuevos fundamentos en Gilligan.

Gilligan v. Morgan (409) introdujo, sin embargo, - un nuevo fundamento para la posible existencia de cuestiones políticas a la vez que delineó, por primera vez en la jurisprudencia del T.S. muy claramente, qué es lo que motiva el abandono de la aplicación de la doctrina en las distintas áreas en las que se viniera aplicando.

En Gilligan el Tribunal Burger dejó muy claro que el remedy pedido por las partes podía llevar a que una cuestión concreta se considerase como cuestión política. El tema aparece mucho más claro si se compara Gilligan con el otro caso en que el T.S. enjuició los sucesos de la Universidad de Kent: Scheuer v. Rhodes (410). Ambos casos recibieron un trato completamente distinto por -- parte del T.S. sólo y exclusivamente porque el remedy - solicitado por los litigantes era completamente diferente (411)..

Esta nueva doctrina, por tanto, supone el reconocimiento judicial de afirmaciones como las que hemos visto que habían hecho Wechsler y Albert acerca de que el remedy puede jugar un importante papel aunque no puede llegarse hasta el punto de afirmarse como hace Henkin - (412) que el remedy sea la única explicación de la doctrina de las cuestiones políticas en su conjunto.

Gilligan representa, por tanto, el punto de conexión entre la doctrina de las cuestiones políticas y la doctrina de los justiciability cases. El fundamento de que se trataba de una cuestión política en el tan citado Gilligan era que "el control del entrenamiento, arma

mento y órdenes, circulares e instrucciones internas de la Guardia Nacional, afecta a áreas críticas de responsabilidad conferidas por la Constitución (artículo I, - sección 8) ~~en~~ los poderes legislativo y ejecutivo". El lenguaje es prácticamente idéntico al que contenía -- Laird v. Tatum (413). Ya hemos explicado como el único motivo racional que puede existir para distinguir ambos casos es el hecho de que Laird se mueve dentro del ámbito de la primera enmienda, donde nunca se había atrevido el T.S. a afirmar la posibilidad de existencia de -- cuestiones políticas.

Tanto Gilligan como los 'justiciability cases en--- troncan plenamente no tanto con la doctrina de las cuestiones políticas como con la nueva doctrina del Tribunal Burger que intenta definir una función judicial sus tantiva.

Por otra parte, Gilligan nos ha dado por primera vez respuesta a uno de los temas relativos a las cuestiones políticas sobre el que el T.S. jamás se había pronunciado expresamente con anterioridad: ¿qué hace al T. S. cambiar de criterio y dejar de considerar como política una cuestión que hasta entonces lo había sido en su jurisprudencia?. El T.S. afirmó en este caso que -- "los casos relativos al derecho de voto (refiriéndose -- indudablemente a Baker) han representado, sin duda alguna, los esfuerzos de este Tribunal para afianzar el sistema político asegurando un mayor nivel de fairness y -- responsabilidad en los procesos políticos, pero en ningún caso permiten asumir la sustitución de la toma de -- decisiones que suponen juicios de valor sustantivos de forma que los jueces no pueden ejercer ese poder que ex presamente aparece conferido por la Constitución a los

restantes poderes constitucionales".

Esta diferencia entre decisiones que afectan a valores sustantivos y decisiones que afectan a la limpieza del proceso político, como criterio-guía que motiva el abandono o no abandono de la doctrina de las cuestiones políticas, supone el reconocimiento de que el tema de las cuestiones políticas no está en absoluto aislado del fenómeno general que plantea la problemática de la interpretación constitucional, fenómeno sobre el que versa toda la tercera parte de esta tesis. Aunque el Tribunal Burger no hiciera expresa mención ^{de} Powell v. Mc Cormack (414) qué duda cabe de que su fundamento es exactamente el mismo que el que el T.S. delineó en Gilligan: la limpieza de los canales de participación política, derecho de carácter procedimental y no propiamente sustantivo.

D:4.- ¿Cuál es, en definitiva, el fundamento y la explicación de la existencia de la doctrina de las cuestiones políticas?

Sólo puede realmente llegarse a una respuesta aproximada si se compara la estructura de las cuestiones políticas en cada sentencia con las sentencias de fondo y con aquellas otras técnicas de elusión de que hemos hablado con anterioridad (415).

Comencemos por éstas últimas. Todo el mundo se muestra de acuerdo en que existe una cierta diferencia entre la doctrina de las cuestiones políticas y todas aquellas otras técnicas de no justiciabilidad: legitimación, mootness, ripeness ...

Como ha dicho Scharpf (416), "cuando se usan las técnicas procesales de elusión, el T.S. todavía retiene su última responsabilidad para definir y judicializar el principio constitucional en juego; sigue siendo el 'protector y proclamador de los fines de ese precepto constitucional'. Pero cuando define a una cuestión como política, en vez de judicial, el T.S. renuncia por completo al ejercicio de esta responsabilidad y deja la ejecución del principio constitucional a las instituciones políticas".

Efectivamente, cuando el T.S. afirma que una cuestión no es justiciable el resultado va a ser el mismo -- se utilice una técnica de elusión o se utilice la doctrina de las cuestiones políticas: el tribunal va a rechazar la demanda por falta de jurisdicción.

Sin embargo, existe diferencia tanto en el fundamento como en los efectos generales de esa decisión, -- cuando el T.S. acude a esas otras técnicas de elusión -- no examina para nada la regla constitucional sustantiva que hipotéticamente pudiera o debiera ser aplicada. No alcanza en absoluto el tema de si un precepto constitucional puede ser aplicado o no por los jueces. Esta última posibilidad siempre permanece abierta en el hipotético caso de que otros demandantes plantearan la cuestión (legitimación), en otro momento (ripeness, mootness), o con otro carácter (advisory opinion). Si, por el contrario, el T.S. decide que una demanda presenta una cuestión política, está examinando el precepto constitucional sustantivo y está afirmando que ese precepto no puede ser aplicado por los jueces con total independencia de los aspectos que presente el caso o controversia. El artículo III de la Constitución no es, pues, el

fundamento de la doctrina de las cuestiones políticas -- mientras sí lo es, al menos formalmente, de las técnicas de elusión.

Este necesario examen del precepto sustantivo constitucional es, pues, totalmente ineludible en el caso -- de las cuestiones políticas. Si examinamos la sentencia de C. J. Marshall en Marbury nos daremos perfectamente cuenta de como opera esta técnica. Afín de determinar -- el ámbito de la discrecionalidad del ejecutivo, C. J. -- Marshall examinó el precepto que presuntamente otorgaba poderes al ejecutivo. Afirmó enfáticamente que "los actos de este agente no pueden ser nunca examinados por -- los tribunales". Pero justo después de esta afirmación se encuentra la de que "cuando el legislativo decide imponer a ese agente otros deberes; cuando tiene la obligación perentoria de realizar ciertos actos; cuando -- otros derechos individuales dependen precisamente de la realización de esos actos; el agente debe cumplir la -- ley; ante ella es responsable de su conducta; y no puede hacer uso de su discrecionalidad para perjudicar los derechos de otros (417)". El célebre Presidente del T.S., pues, estaba entrando a examinar el ámbito de la discrecionalidad otorgada por la ley, o por la Constitución, para poder decir después si esa potestad era una cues--tión política o no.

Estaba afirmando que los tribunales no tienen porqué enjuiciar una cuestión que él mismo, sin embargo, -- como Presidente del T.S., estaba entrando a examinar. -- La confusión ya estaba sembrada.

Debemos recordar que este procedimiento de verse -- envuelto en la interpretación de un precepto constitu--

cional, para determinar su contenido sustantivo, y una vez que la cuestión ha sido examinada negativamente, - rechazar no sólo la demanda en sentencia de fondo sino la propia jurisdicción, era un procedimiento mucho más normal a principios del siglo XIX de lo que es actualmente.

Una sentencia, por ejemplo, afirmando de que el - Bill of Rights no era aplicable a los Estados, sino sólo al gobierno federal, se entendía que no era una sentencia de fondo sino un pronunciamiento acerca de la - jurisdicción propia del tribunal. El fallo del T.S. en Barron v. Baltimore (418) consistió simplemente en que el T.S. "no tiene jurisdicción en esta causa". Nadie - considera hoy en día a Barron v. Baltimore como un caso de no justiciabilidad o como una aplicación de la - doctrina de las cuestiones políticas.

Toda la doctrina es hereditaria de esta confusión original consistente en afirmar que el poder judicial no puede interpretar un precepto constitucional, pero siempre después de haberlo interpretado.

Modernamente el profesor Tribe ha intentado explicar la doctrina de las cuestiones políticas como la -- respuesta judicial a una ausencia de accionabilidad de un precepto constitucional concreto. La cuestión a preguntar es "si un precepto concreto permite o no el ser aplicado por los tribunales (419)". "Existe, pues, una doctrina de las cuestiones políticas. Esta no indica - que ciertos preceptos de la Constitución no sean sus-- ceptibles de interpretación judicial. Pero sin embargo requiere que los tribunales federales determinen si un precepto constitucional que los demandantes querrían - que los jueces hicieran cumplir pueda llevar a ese re-

sultado (420)".

La contestación a esta segunda pregunta, la de la - posibilidad de hacer cumplir el precepto, implica, como Wechsler había dicho, una interpretación constitucional previa: "Para darla respuesta, un tribunal debe en pri-- mer lugar interpretar el texto relevante constitucionalmente aplicable e intentar identificar las finalidades - de ese precepto dentro del conjunto del esquema constitu-- cional (421)". Sólo después de haberse interpretado la - Constitución por los jueces puede saberse si el precepto constitucional concreto puede hacerse o no cumplir por - los jueces.

La respuesta negativa a la segunda determinará la - existencia de una cuestión política, pero ello no impli-- ca que el juez no haya procedido antes a interpretar la Constitución, que es la función que, como tribunal cons-- titucional, tiene siempre garantizada toda Constitución que pretenda ser una norma jurídica.

Ahora bien, si las cuestiones políticas son radical-- mente distintas del resto de los pronunciamientos juris-- dictionales, con excepción de los justiciability cases, no son, por el contrario, en nada diferentes a los pro-- nunciamientos de fondo.

De hecho el T.S. a veces configura áreas de discre-- cionalidad parlamentaria o presidencial con muy pocos lí-- mites, dejando carta blanca al poder de que se trate pa-- ra regular una cuestión como quiera.

Los efectos de esas sentencias son exactamente los mismos que los de las cuestiones políticas. Por eso, par-- te de la doctrina considera a éstas últimas como decisio--

nes de fondo (422).

Y sin embargo ello no es así, por la sencilla razón, de que el T.S. opta en unos casos por un pronunciamiento de fondo y en otros por uno jurisdiccional.

Tengamos por ejemplo Goldwater v. Carter (423). El resultado de la sentencia sería exactamente el mismo si el voto particular de J. Brennan hubiera sido mayoritario: el Presidente tiene plenos poderes en materia de reconocimiento de Estados o gobiernos. La derogación del Tratado de Defensa con Taiwan es una consecuencia directa del reconocimiento diplomático República Popular de China, luego estaba dentro de las potestades presidenciales. Y, sin embargo, insisto, el voto de J. Brennan es un voto disidente.

Resulta, obvio, por tanto, que hay un plus en el hecho de reconocer que la cuestión sometida a enjuiciamiento es política.

¿En qué consiste ese plus?. Este es el nudo de la cuestión.

Echarpf ha defendido que en realidad se debe a las distintas concepciones de la norma jurídica en los sistemas continentales y anglosajón, al dar énfasis a la sugerencia de Rheinstein en el sentido de que "las diferencias procedimentales entre los sistemas jurídicos angloamericano y continental (sistema puramente contradictorio versus sistema del interés público en la defensa del ordenamiento) pueden ser la expresión de unas diferencias más anchas y profundas en los presupuestos de Filosofía del Derecho acerca de la naturaleza y la fun-

ción de éste. Si es verdad que la Filosofía del Derecho continental concibe al Derecho como una regla de conducta (dirigida al ciudadano), como 'el orden por el cual los derechos y los deberes son, al menos como postulando, justamente distribuidos entre los miembros de la comunidad', entonces parece una consecuencia lógica que el papel de los jueces en el proceso por el que se protegen estos derechos y por el que se hacen cumplir estos deberes debería ser más activo y más importante que si estuviéramos ante un sistema jurídico que entiende el derecho principalmente como una regla de decisión, que entra sólo en juego después de que los procesos sociales para la solución de disputas y conflictos de acuerdo con los estándares de la comunidad en materia de 'religión, ética, convención y tradición' hayan fracasado (424)".

Sin embargo ello es falso porque a nadie se le ocurre en Norteamérica pensar que los preceptos de la Constitución no son reglas de conducta en el sentido de Rheinstein.

Tampoco sirve como criterio diferenciador el ámbito de discrecionalidad configurado por los dos tipos de sentencias.

Baste examinar, por ejemplo, el enorme ámbito de discrecionalidad configurado por United States v. Belmont (425) al admitir la constitucionalidad de los executive agreements presidenciales o la doctrina de los actos de estado donde el ejecutivo tiene plenos poderes para ordenar a los tribunales cuál sea el Derecho Internacional aplicable en diversas materias, doctrina que examinaremos posteriormente (426). El mismo Dames and -

Moore v. Regan (427), el caso que apreció la constitucionalidad de la suspensión de los procesos contra bienes -- iraníes, que examinaremos a continuación con detalle, con figura un área de discrecionalidad presidencial mayor que el que determina algunas cuestiones políticas.

¿Por qué entonces la doctrina?.

A mi juicio existen al menos cuatro fundamentos claros:

1) El primero de ellos es el ya reseñado de que, a -- efectos prácticos, no hay diferencia alguna con los pronunciamientos de fondo. Ello conlleva que la doctrina no es en absoluto peligrosa para el ejercicio de derechos. -- Al fin y al cabo el T.S. sigue teniendo potestad plena pa ra judicializar algún área cuando quiera.

2) En segundo lugar, no me cabe duda alguna de que -- el nacimiento del judicial review por un acto quasiconstituyente del propio T.S. sigue pesando sobre su jurisprudencia. Al no otorgar esa potestad la Constitución, las -- afirmaciones de soberanía absoluta en la interpretación -- del texto constitucional siempre resultan altamente contestadas. Las cuestiones políticas facilitan así una pequeña válvula de escape a la ~~perenne~~ tensión del sistema norteamericano. La pirueta de C. J. Marshall en Marbury v. Madison (428), que ya hemos descrito, obedece a ese es pecie de "mala conciencia".

3) En tercer lugar, fruto de la anterior y de la -- idea que barruntaran Rheinstein y Scharpf, está el aspecto legitimador o simbólico de la jurisprudencia del T.S. norteamericano (429).

Existen áreas de discrecionalidad de otros poderes en que el T.S. simplemente no quiere reforzar con su jurisprudencia las decisiones de otro poder. Prefiere dejarlas tal y como están o como fueron promulgadas si se trata de leyes. El por qué de esa preferencia, a mi juicio, no es ni prudencial ni funcional sino que se deriva de la autoapreciación del papel que el T.S. debe jugar - en la vida pública norteamericana.

Así, en primer lugar, cuando una cuestión de competencia entre órganos constitucionales no repercute para nada en los derechos privados de los ciudadanos, el T.S. no encuentra beneficio alguno en solventarla.

Goldwater v. Carter (430) lo dijo muy claramente: - "se nos ha pedido resolver un conflicto entre poderes -- del gobierno federal de igual rango, cada uno de los cuales tiene medios a su alcance para proteger y afirmar -- sus intereses".

Sin embargo, cuando ese conflicto repercute sobre - sujetos privados, el T.S. entra en el fondo, aun configurando un área de discrecionalidad paralela. El T.S., en este caso, ha asumido su papel de examinador de las repercusiones del acto del poder público sobre los sujetos privados aun cuando el resultado sea exactamente el mismo que si lo hubiera considerado una cuestión política.

Goldwater v. Carter (431) es también muy claro al - respecto distinguiendo la situación de la enjuiciada en el célebre caso de Youngstown (432): "en Youngstown, litigantes privados demandaron ...".

Dames and Moore v. Regan (433), por ejemplo, no ha

planteado para nada el tema de las cuestiones políticas porque el executive agreement concluido entre Carter e Irán y los Reglamentos de Desarrollo dictados tanto por la administración Carter como por la administración Reagan incidían sobre derechos privados. Ha sido una sentencia de fondo dejando total libertad a los Presidentes -- (salvo que haya una nueva ley del Congreso limitándolo, lo que complicaría el caso como ocurrió en Youngstown) -- para concluir acuerdos solventadores de disputas acerca de la propiedad de los nacionales norteamericanos en países donde se les confisque esa propiedad o con los que Estados Unidos tenga algún tipo de conflicto, sin perjuicio de que los nacionales puedan reclamar indemnización (a través de la cláusula expropiatoria) si ese acuerdo les perjudica en sus derechos, cuestión que el T.S. no enjuició en este caso por no estar madura (ripe) ya que lo que el acuerdo y los reglamentos estipulaban era que todas las reclamaciones se someterían a un tribunal arbitral, por lo que habrá que estar a lo que resulte de este procedimiento para poder demandar la indemnización -- (434).

Siempre que los derechos privados están en juego el T.S. no duda en dictar sentencias de fondo.

Esta regla sería perfecta y de fácil comprensión si no fuera porque a veces, en las cuestiones políticas, -- también están en juego derechos privados.

Los Vietnam Cases, ~~por ejemplo~~, presentan el caso -- opuesto por afectar de lleno, como decía J. Douglas, al derecho privado más sagrado, el de la vida.

Quizás por ello precisamente el T.S. no se valió de

la doctrina de las cuestiones políticas sino del writ of certiorari, que ampara una discrecionalidad del uso de la jurisdicción mucho más amplia que la citada doctrina.

La aparente excepción, pues, confirma la regla.

El que la autoconciencia de la función a jugar por el T.S. tiene enorme relevancia se ve claramente en la protección de la tesis de Ely (limpieza de los canales de participación o, si se prefiere, constitucionalización de derechos no sustantivos) como justificante de la judicialización de áreas antes abarcadas por las cuestiones políticas.

4) En cuarto lugar hay que tener en cuenta que la reciente inclusión expresa de la falta de remedy introduce un nuevo factor en la doctrina, factor coherente en general con la nueva corriente del Tribunal Burger tendiente a poner coto a la actividad material de administración de los jueces.

Gilligan sí es una innovación al respecto. Quizás la más importante del Tribunal Burger, porque no se fija en qué papel deba jugar en general el T.S., como lo hace la doctrina tradicional de las cuestiones políticas, sino en los límites a la actuación material de los jueces.

Representa, a mi modo de ver, la culminación en efectos de la línea del Tribunal Burger que intenta definir la función judicial utilizando como parámetro la actividad material concreta que realizan los jueces.

E.- PEQUEÑA NOTA ACERCA DE LA TERMINOLOGIA DE "POLITICAS" DE LA DOCTRINA.

El término que usara por primera vez C. J. Marshall se ha expandido considerablemente. En realidad estaba -- equivocado: no hay cuestiones jurídicas y políticas. Dado que todos los poderes se basan en la Constitución, só lo existen poderes jurídicos. Esos poderes jurídicos pue den ser amplios (discrecionales) o más limitados, y pueden ser o no sancionados por los jueces, pero no por ello dejan de ser jurídicos. Lo que C. J. Marshall quería decir al emplear el término "políticas" es que el ámbito -- del poder es lo suficientemente amplio como para no tole rar ni siquiera la idea de que su ejercicio pueda ser -- controlado por los jueces.

Pero el uso del término ("cuestiones políticas") ha dado lugar a un cierto confusionismo que se ha reflejado en algunas sentencias. Uno de ellos es el de J. Frankfur^{ter}ter cuyo enfoque ^{jue} definitivamente rechazado por el T.S. -- en Baker v. Carr (435). En Colegrove v. Green (436) --- "Frankfurter ni siquiera identificó qué preceptos de la Constitución eran los invocados por los litigantes y de acuerdo con este análisis no estructuró la sentencia --- atendiendo a si los preceptos constitucionales concretos que fueron alegados podían ser o no aplicables por los -- jueces. Por el contrario, Frankfurter trató el tema como si la cuestión en sí misma estuviera más allá de la competencia judicial: 'los tribunales no deben entrar en -- discusiones políticas' (437)". Para J. Frankfurter no ha bía cuestiones políticas sino casos políticos. En Baker v. Carr (438), "por el contrario, J. Brennan volvió al -- enfoque tradicional preguntándose si el precepto constitucional invocado por las partes podría ser traducido --

con éxito en un derecho aplicable y hecho ejecutar por - el poder judicial (439)".

Otro enfoque falso del tema desde el mismo T.S. lo constituye el de J. Rehnquist. En O'Brien v. Brown (440) puso en relación la doctrina de las cuestiones políticas con las decisiones que "afectan por su propia naturaleza a la política". Sin embargo, en este caso no estaba en - juego cuestión política alguna. Lo que la decisión impli- caba era si constitucionalizar o no sectores de activi- dad de los partidos políticos, sometiendo aspectos de pu- ra asociación interna, o no sometiénolos, al control de los tribunales. En una palabra aceptar o no la naturale- za de los partidos como ejercitantes privados de funcio- nes públicas y dejarles, ó no, discrecionalidad para la autonomía de regulación de sus aspectos asociativos in- ternos.

Pero no se estaba examinando la judiciabilidad o no de ningún precepto constitucional concreto.

F.- PEQUEÑA NOTA ACERCA DE LA DOCTRINA DE LOS "ACTS OF STATE" (ACTOS DE ESTADO).

Intimamente ligada a la doctrina de las cuestiones políticas está la de los actos de estado que también jue- ga en una de las áreas típicas de aquélla, la de las re- laciones internacionales (441).

En estos casos lo que está en juego es si los tribu- nales federales tienen o no competencia para apreciar la validez o invalidez de actos expropiatorios (o confisca- torios) de carácter territorial por parte de gobiernos - extranjeros. Es decir, si pueden hacer sus propios jui--

cios acerca de los Principios de Derecho Internacional.

En realidad la doctrina es más amplia porque supone que los tribunales americanos tienen que dar por válidos los actos de Estados extranjeros, de ahí su denominación.

Sin embargo, el problema se planteó en toda su extensión cuando los tribunales inferiores se negaron a reconocer y aplicar esa doctrina si el acto de estado extranjero violaba el Derecho Internacional.

El caso clave fue Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino (442). Un agente financiero demandó ante los tribunales federales por cuenta del gobierno de Castro para recuperar los productos de una venta de azúcar de quien los había recibido. El demandado negó que la propiedad del azúcar hubiera sido del demandante, alegando que pertenecía a una compañía con gran parte del accionariado norteamericano, compañía confiscada por el gobierno cubano en contra de las normas del Derecho Internacional. Los tribunales inferiores aceptaron la petición de que no se aplicara la doctrina de los actos de estado, negando, por tanto, validez a las expropiaciones-confiscaciones cubanas, pero el T.S. revocó la sentencia declarando la doctrina aplicable incluso para los actos que violan el Derecho Internacional. La sentencia rechazaba que el tema debiera enfocarse desde las nociones de soberanía, Derecho Internacional o cuestiones políticas (443).

De todas formas, como resalta Tribe (444), el T.S. no excluyó que otros tribunales, singularmente las llamadas Article III Courts (445), pudieran entrar a enjuiciar los actos de los gobiernos extranjeros.

Sabbatino no es obviamente un caso que se parezca -

en nada a la doctrina de las cuestiones políticas aunque Henkin ha resaltado que la participación como amicus curiae del Gobierno federal propugnaba la misma solución que el T.S., para poder así seguir negociando con Cuba -- sin interferencias, con lo que quiere dar a entender que si el ejecutivo federal hubiera adoptado la postura de -- no querer reconocer validez a las confiscaciones cubanas quizás entonces la sentencia del T.S. hubiera sido otra (446).

Que el análisis de Henkin tiene sentido lo prueba -- la jurisprudencia posterior del Tribunal Burger, ya que First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba (447) presenta un tipo de adjudicación muy parecido al de la -- doctrina tradicional de las cuestiones políticas (448). Efectivamente, en este caso la postura del Gobierno era favorable a que no se aplicase la doctrina del acto de -- estado y el T.S. ^{siguió dicha postura} ~~tenía que seguirla~~: "concluimos, pues, -- que cuando el ejecutivo federal, al que la Constitución atribuye la responsabilidad primaria en la dirección de los asuntos internacionales, indica expresamente al T.S. que la aplicación de la doctrina del acto de estado no -- favorece la política exterior norteamericana, esta doctrina no debe ser aplicada por los tribunales".

Sin embargo, el tema no está claro porque en Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba (449) el T.S. pareció querer volver a la regla de Sabbatino aunque "só lo pudo alcanzarse la mayoría en que no había suficiente evidencia de acción por parte del Gobierno cubano para -- justificar la aplicación de la doctrina (450)".

Sin embargo, insisto, el tema es distinto ya que, -- aunque se trate de derechos privados, lo que no se niega

es la capacidad de negociar del Estado, cuestión independiente de si los derechos privados son o pueden ser indemnizados por el Estado a nivel interno (451).

II:5.- CONCLUSION:

Resulta a todas luces claro que una jurisprudencia no muy definida, en triple vertiente de jurisprudencia de fondo (aunque de remedies), de no justiciabilidad general y de no justiciabilidad por tratarse de cuestiones políticas, intenta definir las funciones de la justicia constitucional atendiendo a las actuaciones concretas que los jueces intentan llevar a cabo.

Esta jurisprudencia es muy reciente, aunque como - hemos visto tuvo un precedente claro en el siglo XIX, - por lo que no está en absoluto determinado qué derroteros vaya a seguir en el futuro.

Sin embargo, sí nos muestra algo: que hay una línea incierta donde la justicia constitucional debe parar en el ejercicio de su jurisdicción a la hora de hacer totalmente efectiva la Constitución. Y esa línea - viene delimitada precisamente por el principio de separación de poderes o el principio federal.

Una intromisión excesiva en las funciones que los restantes poderes tienen atribuidos no está permitida - por esos principios por muy clara que esté la doctrina constitucional sustantiva en que la intervención pueda basarse.

Se trata, pues, de una limitación de carácter institucional muy a tener en cuenta.

Las cuestiones políticas, por otro lado, hacen referencia a la función genérica que el T.S. está llamado a ejercitar en una democracia, de ahí que los límites -

que dibuja para la justicia constitucional esté, mucho --
más en relación con las fuentes sustantivas a las que el
T.S. puede apelar en su proceso de interpretación consti-
tucional. Estamos todavía muy lejos de este tema, por lo
que solicito la paciencia del lector para llegar a la --
tercera parte de esta tesis donde se aclarará el sentido
algo difuso de estas palabras.

NOTAS AL CAPITULO II

- (1) Utilizo aquí la expresión "remedial" como sinónimo del término inglés remedial law o law of remedies.
- (2) Véanse, en general, Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 Harv L Rev 1281 (1976); Eisenberg & Yeazell, The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, 93 Harv L Rev 465 (1980); Hinkle, Appellate Supervision of Remedies in Public Law Adjudication, 4 Fla St U L Rev 411 (1976); Goldstein, A Swann Song for Remedies: Equitable Relief in the Burger Court, 13 Harv CR-CL L Rev 1 (1978); Note, Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions, 94 Harv L Rev 626 (1981); Comment, Confronting the Conditions of Confinement: An Expanded Role for Courts in Prison Reform, 12 Harv CR-CL L Rev 367 (1977); Note, Implementation Problems in Institutional Reform Litigation, 91 Harv L Rev 428 (1977); Note, The Wyatt Case: Implementation of a Judicial Decree Ordering Institutional Change, 84 Yale L J 1338 (1975); Johnson, The Constitution and the Federal District Judge, 54 Tex L Rev 903 (1976); Jennings, The Chancellor's Foot Begins to Kick: Judicial Remedies in Public Law Cases and the Need for Procedural Reforms, 83 Dick L Rev 217 (1979) y Roberts, The Supreme Court Gambles in Allowing the Continuation of Federal Control over a Local High School, 12 New Eng L Rev 577 (1977).

Para los muy especiales problemas que la excesiva intervención de los jueces genera en los presupuestos públicos véanse, especialmente, HOROWITZ, THE COURTS AND SOCIAL POLICY (1977); Frug, The Judicial Power of the Purse, 126 U Pa L Rev 715 (1978); Mishkin, Federal Courts as State Reformers, 35 Wash & Lee L Rev 949 (1978) y Nagel, Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies, 30 Stan L Rev 661 (1978).

- (3) Véase, por ejemplo, Comment, Equitable Remedies: An Analysis of Judicial Utilization of Neoreceivership to Implement Large Scale Institutional Change, 1976 WiscL Rev 1161, 1169-72.
- (4) Véase, por ejemplo, HURST, LAW AND THE CONDITIONS OF FREEDOM (1956), pg. 62. Véase igualmente, por ejemplo, el énfasis que le da WENDELL, RELATIONS BETWEEN THE FEDERAL AND STATE COURTS (1949), pg. 158.
- (5) Véase un resumen en FAIRMAN, RECONSTRUCTION AND REUNION, 1864-1888 en VI HISTORY OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, Capítulos 12 y 13. Los hechos que motivaron esta jurisprudencia son un episodio muy conocido de la historia norteamericana. Para favorecer el paso del ferrocarril, los municipios otorgaban franquicias en forma de fondos que se recolectaban mediante emisiones de deuda. Los bonos pasaban a terceros que resultaban protegidos en el tráfico con independencia de que las compañías ferroviarias construyeran o no efectivamente las líneas pro-

yectadas. Cuando esjo último ocurría, los vecinos normalmente se negaban a pagar los impuestos específicos establecidos para pagar la deuda. Los primeros casos proceden de Iowa porque este fue el primer Estado que impuso un sistema de nombramiento de los jueces estatales por elección directa y, naturalmente, formaba parte de la campaña el aceptar conforme a derecho el que la deuda fuera repudiada por los municipios.

- (6) Contrasta con la descripción cronológica de los distintos pasos seguidos por el TS de FAIRMAN, Op. cit. supra nota anterior, la de DILLON, IV MUNICIPAL CORPORATIONS (3^a ed. 1911), Capítulos 1514 y ss. que adopta un enfoque conceptual estudiando en que consiste cada uno de los posibles remedies pero con una carencia absoluta de interés por su desarrollo cronológico.
- (7) 24 How 376 (1861).
- (8) Así lo afirma el caso posterior, Riggs v. Johnson, 6 Wall 166, 201-02 (1868) en el voto particular de J. Miller. Este magistrado argüía precisamente que el hecho de que el writ no hubiera sido usado por los tribunales federales contra agentes estatales durante los primeros setenta años de la regulación legal del uso del mandamus implicaba "una presunción muy fuerte contra la existencia de una necesidad de su uso". Id. pg. 203.

- (9) Lo que se preguntaba al TS era si la Sección 14 del Judiciary Act de 1789, la siguiente a la analizada en el célebre caso que estableciera el judicial review: Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803), incluía los writs of mandamus. La citada Sección 14 decía que "los tribunales de los Estados Unidos (federales se entiende) tendrán la potestad de emitir writs of scire facias, habeas corpus y todos los demás writs, aunque no estén previstos por Ley especialmente, que puedan resultar necesarios para el ejercicio de las respectivas jurisdicciones y estén de acuerdo con los principios del common law". El TS afirmó que, dado que había jurisdicción federal (por la cláusula de diversidad de ciudadanía, véase infra texto que acompaña a la nota 91) y el remedy era necesario, no habiendo otro de fuerza equivalente para obtener el resultado buscado, no había reparo alguno al uso del mandamus. El Sr. Porter, representante del municipio , sólo discutió la diferencia entre writs ordinarios y extraordinarios, limitándose a afirmar que el uso del mandamus no sería "conforme con los principios y la costumbre del common law".
- (10) 6 Wall 166 (1868).
- (11) La solución que le dio el TS consistió en considerar al mandamus no como una acción diferente del juicio declarativo anterior, sino como un writ "en ayuda de la jurisdic-

ción", "remedy conexo a la sentencia declarativa que es la que otorga la jurisdicción y cuando se emite tal remedy deviene un sustituto del proceso ordinario de ejecución para aplicar y ejecutar la previa sentencia declarativa" y que "sólo puede emitirse cuando la jurisdicción es ya del tribunal". 6 Wall pgs. 197-98. Así pues, la injunction del tribunal estatal fue considerada como posterior al pronunciamiento del tribunal federal. Esta parte de la sentencia fue la más criticada por el voto particular de J. Miller. Efectivamente esta concepción del writ of mandamus como una mera fase del previo juicio declarativo era completamente nueva en la tradición del common law.

(12) 24 How 376 (1861).

(13) Véase supra nota 9.

(14) 1 Cranch 137 (1803).

(15) Véase el art. III, Sección 2, párrafo 2 de la Constitución.

(16) 1 Stat at Large 93. En la primera Judiciary Act el Congreso estableció los tribunales federales inferiores. Cinco días después, en la primera Process Act, se estableció el esquema básico de los poderes remediales de los tribunales federales.

(17) La fórmula que se emplearía después sería la de "que cono-

cieran y aplicaran los tribunales de los Estados". Véase 1 Stat at Large 276.

(18) 6 Wall, pg. 190. Véase supra nota 9.

(19) Id. pg. 192.

(20) "Es un hecho incontrovertible que el remedy adecuado del demandante, si la sentencia hubiera sido ejecutada por un tribunal estatal, habría sido el de mandamus para obligar a los demandados, como regidores del municipio, a establecer un impuesto para pagar la deuda". Id. pg. 193. El mandamus que tenía, pues, el Estado de Iowa permitía el ordenar judicialmente el establecimiento de impuestos.

(21) 24 How 376 (1861).

(22) Véanse, por ejemplo, DILLON, Op. cit. supra nota 6, pg. 2690; COOLEY, IV THE LAW OF TAXATION, Capítulo 1608, pg. 3213 (4^a ed. 1924).

(23) 6 Wall, pg. 199.

(24) Véase infra nota 47 y el texto que la acompaña.

(25) 6 Wall 481 (1868).

(26) James Grant se distinguió como uno de los más capaces abo-

gados representantes de los tenedores de bonos. Su carácter personal agresivo llegó a traerle algún conflicto desagradable con el TS en su defensa en Benbow v. Iowa City, 7 Wall 313 (1869). Era también uno de los abogados representantes de los tenedores de bonos en Riggs v. Johnson County, 6 Wall 166 (1868). Una graciosa descripción de su forma de ser y del conflicto con los magistrados del TS puede encontrarse en FAIRMAN, Op. cit. supra nota 5, pgs. 951-56.

(27) 24 How 376 (1861).

(28) 6 Wall, pg. 484.

(29) 7 Wall 175 (1869). James Grant era también el abogado representante de Rogers.

(30) La sección 3.370 del Código de Iowa establecía que "el tribunal puede, a instancia del demandante, además o en vez deel mandamus dirigido contra el demandado, ordenar que el acto que se requiere que lleven a cabo los sujetos condenados por la sentencia declarativa pueda ser realizado por el demandante, u otra persona nombrada por el tribunal, a costa del demandado".

(31) Ambos jueces del tribunal de circuito para Iowa tenían interés personal (residencia en ese condado) en el caso, por eso fue decidido por otro tribunal de circuito.

- (32) 7 Wall, pg. 177.
- (33) Id. pg. 180.
- (34) Véase Bloomfield v. Charter Oak Bank, 121 US 121 (1887)
(se trataba de una caso relativo a un pagaré) y los casos allí citados.
- (35) Véase infra texto que sigue a la nota 43, en el pfo. C).
- (36) FAIRMAN, Op. cit. supra nota 5, pg. 1039.
- (37) Id. pg. 1040. Sólo había ocho jueces en el TS en aquel momento.
- (38) DILLON, Op. cit. supra nota 6, pg. 2696 (nota a pie de pg.).
- (39) Id..
- (40) 19 Wall 107 (1874). La sentencia fue escrita por J. Hunt
Sólo J.J. Clifford y Swayne formularon voto particular.
En Morgan v. City of Beloit, supra, habían participado
C.J. Chase, y J.J. Nelson, Grier, Clifford, Swayne, Miller
Davis y Field. En Rees se habían jubilado C.J. Chase y
J.J. Nelson y Grier; habían sido nombrados J.J. Strong,
Bradley y Hunt. C.J. Waite entró a formar parte del TS
dos días después de que se promulgara la sentencia en Rees.
- (41) 19 Wall, pg. 115.

(42) Id.

(43) El TS distinguió los precedentes (especialmente Supervisors v. Rogers) afirmando que la iniquidad de dejar la cuestión de las disputas internas fuera de la sentencia y señalando que el tenedor realmente sólo tenía expectativas a que se le aplicase la ley tal y como aquella era en el momento de adquirir los bonos. Ello justificaba naturalmente en que no se ampliasen judicialmente los remedies.

(44) 19 Wall, pg. 116.

(45) Se trata de un episodio bastante conocido de la historia de Estados Unidos. Cuando los colonos del Estado de Nueva York se rebelaron contra el sistema jurídico anacrónico, casi feudal, de arrendamiento de tierras. Sobre el tema véase FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW (Simon & Schuster ed. 1973), pgs. 372 y 484.

(46) Se designa con el nombre de tribunal de cancillería a todo tribunal que tenga jurisdicción en equidad.

(47) 19 Wall, pg. 125.

(48) 7 Wall 175 (1869).

(49) Véanse Graham v. Folsom, 200 US 248 (1906) o Mount Plea-

sant v. Beckwith, 100 US 514 (1879).

(50) DILLON, Op. cit. supra nota 6, pg. 2702. El caso que estableció esta doctrina fue Amy v. Watertown, 130 US 301 (1888). Véanse los casos en éste citados y distinguidos. Los motivos de dimisión normalmente eran tasados por la Ley estatal. También había casos en que no se permitía la ~~dimisión~~ hasta que no tomara posesión el sustituto.

(51) United States v. Boutwell, 17 Wall 604 (1873).

(52) Leavenworth County v. Sellev, 99 US 624 (1878).

(53) Id.

(54) Id.

(55) Véase infra nota 124 y el texto que la acompaña.

(56) 19 Wall 655 (1873).

(57) Id., pg. 661.

(58) Id., pg. 660.

(59) 92 US 575, 615 (1875).

(60) 93 US 258 (1876).

(61) Id., pgs. 265-66.

(62) Véase nota y el texto que la acompaña.

(63) Por receivership se puede entender el conjunto de instituciones (masters, monitors, receivers en sentido estricto, ... etc., interventores todos ellos) que el common law o la equity ponen a disposición de los jueces para que aquellos puedan administrar personas jurídicas mediante terceros. A partir de ahora hablaremos genéricamente de interventores o de intervención.

(64) 102 US 472 (1880).

(65) Véanse supra notas 36-39 y el texto que las acompaña.

(66) Por cierto, debe tenerse en cuenta que en la primera oleada de casos todos ellos vinieron de Iowa. Una vez que la cuestión quedó allí más o menos resuelta (recuéndense Riggs y Rogers) con el Tribunal Supremo de Iowa aceptando de nuevo la validez de los bonos al haber cambiado su propia doctrina en Stewart v. Board of Supervisors, 30 Ia 9 (1870), la litigación se extendió a otros Estados: Alabama, Florida, Illinois, Indiana, Louisiana, Michigan, Missouri, Ohio, Tennessee, Texas y Wisconsin. Un resumen realmente abreviado, aunque realmente delicioso, puede verse en WENDELL, Op. cit. supra nota 4, Capítulo VII, pgs. 136-65.

(67) 19 Wall 107 (1874).

(68) 115 US 550 (1885).

(69) Ley del 19 de marzo de 1.877.

(70) Puede verse el contenido completo del decreto del tribunal de circuito en 102 US, pgs. 484-89. Puede compararse la autoatribución de potestades administrativas por el citado tribunal, así como las otorgadas al receiver por él nombrado con las no menos amplias del receiver nombrado por el gobernador del Estado que aparecen enumeradas en la Sección 14 de la Ley de 13 de marzo de 1.879. Estas últimas también se encuentran recogidas en los antecedentes de la sentencia del TS, 102 US, pgs. 490-95.

(71) Véanse los casos citados en supra nota 49.

(72) La diferencia entre personas públicas y privadas era pues obvia para todo el mundo. Las municipalidades eran entes territoriales sometidos totalmente a los poderes del Estado.

(73) Véase el texto que sigue a la nota 48.

(74) Se unieron a su voto J.J. Miller y Bradley. Lo emitieron porque los tres se consideraron obligados a motivar el fallo. Véase 102 US, pg. 502.

- (75) Voto particular disidente al que se unieron J.J. Swayne y Harlan.
- (76) 102 US, pg. 513-14.
- (77) Id. pg. 514.
- (78) Id. pg. 515.
- (79) "Se le otorgaron funciones administrativas y ejecutivas que, como puede suponerse, podrían ser llevadas a cabo por cualquier cargo de los que normalmente están al mando de de los entes locales". Id. pg. 510.
- (80) "Si los acreedores no llegan a cobrar sus créditos, deben apelar a la legislatura. No podemos presumir que ese llamamiento será en vano. No podemos decir que con una adecuada representación no recibirán una respuesta favorable". Id. pg. 520.
- (81) Id, pg. 527.
- (82) 19 Wall 227. En este caso el TS había dicho que, aunque no hubiera una habilitación expresa por Ley del Congreso, los Estados Unidospodían demandar la propiedad de impuestos ya establecidos y liquidados aunque todavía no hubiesen sido recaudados.

- (83) 102 US, pg. 529. Cita el MUNICIPAL CORPORATIONS de DILLON (un párrafo que habla acerca de los trustees municipales disueltos por ley) y el ON CORPORATIONS de POTTER.
- (84) 115 US 550 (1885).
- (85) Id. pg. 560. La Ley disponía que el establecimiento y la recaudación de impuestos debería ser llevada a cabo por un sheriff o un recaudador especial nombrado al efecto por el tribunal del condado. Ninguno otro oficial podía hacerlo decía la jurisprudencia del Estado. Véase McLean County Precinct v. Deposit Bank, 81 Ky 254.
- (86) Id. pg. 551 (opinión mayoritaria) y 562 (voto particular de J. Harlan).
- (87) El tema había sido expresamente no decidido en este caso. Véase texto que sigue a la nota 72.
- (88) 115 US, pg. 564.
- (89) Insisto en que hoy todo el mundo afirma que realmente los tribunales "tomaron" los municipios en estos casos. Véase nota 4 y el texto que la acompaña.
- (90) 1 Wall 175 (1864).
- (91) El propio TS rechazó en un caso posterior el argumento

de que el repudiar la deuda fuera contra la contract clause (que recoge entre otras cosas la inconstitucionalidad de lo que en España sería facta principis groseros). Para un resumen de los distintos argumentos utilizados por el TS como derecho sustantivo a la vez que para decidir el caso para recabar la jurisdicción federal, véase WENDELL, Op. cit. supra nota 4, pgs. 150-54. La doctrina de la época no se puso nunca de acuerdo acerca de cual era o debía ser el fundamento real. Véase, como ejemplo de opinión favorable a las sentencias, la de Thayer, The Case of Gelpcke v. Dubuque, 4 Harv L Rev 311 (1891). En sentido contrario, Reed, The Rule in Gelpcke v. Dubuque, 9 Am L Rev 381 (1875).

(92) Véase FRIEDMAN, Op. cit. supra nota 45, pgs. 462-63.

(93) Secciones 33-54, 11 USC Secciones 61-82 (1898).

(94) Ley de 7 de junio de 1.934, Cáp. 424, Secciones 77B, 48 Stat 912, 11 USC Sección 207 (Bankruptcy Act).

(95) Ley del 27 de agosto de 1.935, Cáp. 774, Sección 77, 49 Stat 911, 11 USC Sección 205 (Bankruptcy Act).

(96) Véase, en general, Comment cit. supra nota 3, pgs. 1168-69, así como FINLETTER, PRINCIPLES OF CORPORATE REORGANIZATION IN BANKRUPTCY (1937). No se debe olvidar,

sin embargo, que la necesidad de que se promulgasen leyes estatales regulando el uso de interventores fue sentida en Nueva York, por ejemplo, tan temprano como en 1814. Su primera ley fue promulgada en 1825. En 1829 Nueva Jersey promulgó un Act to Prevent Fraud by Incorporated Companies regulando la institución del receiver. En 1853 le sigue Ohio... etc.. La historia de la extensión progresiva de la institución para las personas jurídicas privadas puede seguirse en CLARK, 3 LAW OF RECEIVERS, pgs. 1485-1501 (3^a ed. 1959).

- (97) Véase SMITH, THE LAW OF RECEIVERSHIP AS ESTABLISHED AND APPLIED IN THE UNITED STATES, GREAT BRITAIN AND HER COLONIES (1897), pgs. 266-304.
- (98) Id. pgs. 305-41.
- (99) Id. pgs. 342-418.
- (100) Id. pgs. 419-51.
- (101) Id. pgs. 452-525. Desde 1870 hasta 1933 los tribunales federales, usando interventores de equidad, reorganizaron cerca de 1000 compañías ferroviarias. El número procede de Chayes, Op. cit. supra nota 2, pg. 1303 n. 92. Véase, también, Chamberlain, New-Fashioned Receivership, 10 Harv L Rev 139 (1896). Téngase en cuenta que se trata de compañías ferroviarias y éstas eran consideradas "public corporations", no en el sentido naturalmente de ser entes territoriales o de que formaran parte de algún modo de la

estructura administrativa estatal sino en el de que podían ser reguladas por el derecho administrativo. Véase, por ejemplo, STREET, 3 FEDERAL EQUITY PRACTICE, 1462 (1909).

(102) Id. pgs. 526-38.

(103) Id. pgs. 539-47.

(104) Id. pgs. 548-56.

(105) Id. pg. 303.

(106) Id. pg. 318.

(107) Id. pg. 354, n. 3, y 363, n. 1.

(108) Este área fue una de aquellas en que los interventores fueren regulados más temperamente. Véase la National Banking Act de 3 de junio de 1864. Véase id. pg. 419-20.

(109) Id. pg. 468, n. 2.

(110) Las posibilidades variaban dependiendo de la institución sobre la que la intervención podía recaer. En todo caso, la insolvencia, disolución o modificación estatutaria eran causa suficiente para el nombramiento de un interventores a petición de un acreedor de una sociedad incluso aunque no hubiera habilitación legal. Incluso el embargo infructuoso era suficiente para que el juez lo nombrase. El pro-

pio TS había reconocido que el nombrarlos era totalmente habitual. En Davis v. Gray, por ejemplo, 16 Wall 203, 219-20 (1872), había afirmado que "no es inusual que los tribunales de equidad nombren interventores de compañías de ferrocarril, o de sociedades que hayan caído en dificultades económicas, para que administren tales compañías hasta que desaparecen las dificultades o se llega al acuerdo que permite la venta con el menor sacrificio posible de los interesados. En todos estos casos, el interventor es el brazo derecho de la jurisdicción invocada. Por lo que a la legislación se refiere, no entendemos porqué un tribunal de equidad, en el ejercicio de su indudable autoridad, no puede conseguir los mismos fines que aquella pretende cuando ella no existe".

(111) Véase supra nota 96. Pero véase también la nota 120 y el texto que la acompaña.

(112) SMITH, Op. cit. supra nota 97, pg. 244, n. 2.

(113) 21 How 376 (1861).

(114) 115 US 550 (1885).

(115) Swift v. Tyson, 16 Pet 1 (1842). Este caso fue el que dio el visto bueno a lo que hoy se considera una aberración, la creación de un common law federal distinto de el de los

Estados. Esta doctrina fue derogada, aunque se discute todavía hoy con qué alcance, por Erie, véase *infra* nota 121 y el texto que la acompaña.

- (116) WENDELL, Op. cit. *supra* nota 4, pg. 116, n. 2, y tiene razón. Como ejemplo de afirmación tajante por el TS puede recogerse la de Payne v. Hook, 7 Wall 425, 430 (1869): "La jurisdicción de equidad conferida a los tribunales federales es la misma que posee la High Court of Chancery en Inglaterra; no está sometida ni a limitación ni a recorte alguno por los Estados y es uniforme en todos los Estados de la Unión".
- (117) 260 US 545 (1923). Véase Note, State Statutes and the Federal Equity Courts, 32 Col L Rev 688 (1932).
- (118) Guffey v. Smith, 237 US 101 (1915).
- (119) Pusey & Jones Co. v. Hanssen, 261 US 491, 497 (1923). La afirmación cobra todavía más relevancia porque lo que se discutía en este caso era precisamente la ley (estatal o federal) aplicable a la institución del receivership.
- (120) Id.. Había recogido estos dicta de otras sentencias que presumían la total independencia de la equity de los remedies respecto del derecho estatal.

(121) 304 US 64 (1938). Véase supra nota 115.

(122) Las restricciones enumeradas por J. Frankfurter en Guaranty Trust Co. v. York, 326 US 99 (1945) eran las siguientes: "la demanda debe estar dentro del ámbito tradicional derivado de la práctica de los tribunales ingleses de equi^{no}dad...; debe haber un remedy at law...; debe respetarse un recortamiento expreso de potestades si procede del Congreso...; no puede evadirse la garantía constitucional del juicio por jurados.... El que un Estado de a sus tribunales estas u otras potestades más o menos amplias no puede hacer desaparecer estos axiomas para los tribunales federales.... El derecho estatal no puede definir qué remedies pueden aplicar los tribunales federales simplemente porque en los casos de diversidad de ciudadanía se traten éstos de tribunales alternativos a los estatales... Por el contrario, un tribunal federal puede otorgar un remedy en equidad para hacer efectivo incluso un derecho sustantivo meramente estatal, aunque el tribunal estatal no pudiera otorgarlo".

De todas formas la manera de salvar Guffey (supra nota 118) de Erie (supra nota anterior) operada por J. F. Frankfurter es bastante discutible. Véase HART & WECHSLER, pg. 728.

(123) Véase Note, State Statutes and the Federal Equity Courts, 32 Col L Rev 688 (1932); Note, The Equitable Remedial

Rights Doctrine: Past and Present, 67 Harv L Rev 836 (1954).

- (124) Con algunas excepciones notables como la de Pusey, Véase Note, The Equitable... nota anterior, pg. 839. Véase, igualmente, Hill, Constitutional Remedies, 69 Col L Rev 1140, n. 135 (1969).
- (125) Note, The Equitable..., cit supra nota 123, pgs. 842-43.
- (126) Las así llamadas no son más que la Sección 34 de la Judiciary Act hasta su enmienda en 1948.
- (127) Hill, Op. cit. supra nota 124, pg. 1139 n.135. La interpretación era uniforme desde incluso 1792.
- (128) Véase la jurisprudencia citada en Note, State Statutes..., cit supra nota 123, pg. 689 n. 10.
- (129) Véanse notas 96, 120 y el texto que las acompaña.
- (130) Hill, Op. cit . supra nota 124, pgs. 1139-40 n. 135.
- (131) 7 Wall 175 (1869).
- (132) "El argumento de que la Sección 13^a ya regulaba el mandamus en todas sus posibilidades, aunque se oía de vez en

cuando, no encontró apoyo alguno. Debe pues dejarse de insistir en él", decía Evans en 1885. Las razones para esta simple afirmación derivan de Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803). Para una explicación más detallada véase Evans, Jurisdiction in Mandamus in United States Courts, 19 Am L Rev 505 (1885).

(133) 6 Wall 166 (1867).

(134) La Sección tercera de la Process Act de 19 de mayo de 1828 había sido hecha aplicable a Iowa por leyes del 1 de agosto de 1842 y 3 de marzo de 1845.

(135) Véanse notas 16-19 y el texto que las acompaña.

(136) Véase nota 11.

(137) 6 Wall, pgs. 205-06.

(138) Evans, Op. cit. supra nota 132, pg. 536. Continúa al citado autor: "Hasta entonces se entendía que mandamus era un writ que tenía el carácter de alta prerrogativa, lejos de las potestades de los tribunales de circuito; ahora se decidió, sin embargo, que el mandamus en los tribunales federales no era más que un mero proceso-un mero writ de ejecución. De repente no era ni siquiera una acción; era parte de un proceso - opinión sin precedente alguno en Inglaterra o América, - una decisión auténticamente a-

sombrosa". Esta opinión "simplemente grotesca" en palabras de Evans, tenía sin embargo su justificación, pero describirla nos llevaría muy lejos. Véase Evans, Op. cit. supra nota 132, pgs. 536-37.

(139) 6 Wall 166 (1867).

(140) Evans, Op. cit. supra nota 132, pg. 539.

(141) 24 How 376 (1861).

(142) La confusión acerca de ley, estatal o federal, regulaba el uso del mandamus era patente. Véase Evans, Op. cit. supra nota 132, pgs 539-40. Como ejemplo de un caso en que el TS hizo caso omiso de lo que dijera el derecho estatal puede citarse Bath County v. Amy, 13 Wall 244, donde el TS no aceptó como argumento para otorgarlo, cuando había sido solicitado sólo por un deudor normal, el hecho de que el Derecho de Kentucky no exigía para poder emitirlo el haber obtenido una previa sentencia declarativa. Véase Evans, Op. cit. supra nota 132, pgs. 537-38. Véase supra nota 22.

(143) 1 Cranch 137 (1803).

(144) 7 Cranch 504 (1813).

(145) 7 Wall 175 (1869).

(146) 7 Wall, pg. 180.

(147) Id., pgs. 180-81.

(148) Véase nota supra 142.

(149) 102 US 472 (1880).

(150) 19 Wall 107 (1874).

(151) Véase el texto que acompaña a la nota 83.

(152) Véase el texto que acompaña ala nota 73.

(153) Véase el texto que acompaña a las notas 112 y 130.

(154) STREET, 1 FEDERAL EQUITY PRACRTICE, 20 (1909).

(155) Véanse notas supra 126 y 127.

(156) HART & WECHSLER, pg. 729.

(157) 6 Wall 480 (1867).

(158) 19 Wall 107 (1874).

- (159) Véase el texto que acompaña a la nota 47.
- (160) Véanse la nota 58 y el texto que la acompaña.
- (161) 93 US 258 (1876).
- (162) 102 US 472 (1880).
- (163) 115 US 550 (1885).
- (164) Véase nota 112 y el texto que la acompaña.
- (165) Constitución no escrita como no equivalente a Derecho Natural, sino en el sentido más inglés del término. Véase Grey, Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought, 30 Stan L Rev 843 (1978).
- (166) Véanse, por ejemplo, BURROUGHS, A TREATISE ON THE LAW OF TAXATION AS IMPOSED BY THE STATES AND THEIR MUNICIPALITIES OR OTHER SUBDIVISIONS AND AS EXERCISED BY THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES (1877), pg. 2; DESY, 1 AMERICAN LAW OF TAXATION AS DETERMINED BY THE COURTS OF LAST RESORT IN THE UNITED STATES (1884), pgs. 50-53 y 81-86.
- (167) Probablemente este sea el motivo de que sea desconocido a la tradición jurídica continental.

- (168) Véanse para confirmar la naturaleza ejecutiva de estos agentes, BURROUGHS, Op. cit. nota 166, pgs. 194, 198, 235-52 y 253; DESY, Op. cit, nota 166, pgs. 541-542, y en el vol. 2, pgs. 682-87.
- (169) Véase el texto que acompaña a las notas 79 y 80.
- (170) Véanse notas 51-55 y el texto que las acompaña.
- (171) Véase, por ejemplo, el texto que acompaña ala nota 92.
- (172) Véase al texto que acompaña a la nota 72.
- (173) La frase procede de Sir Edward Elgar comentando sus Enigma Variations aunque ha sido tomada de Howard, The Burger Court: A Judicial Nonet Plays the Enigma Variations, 43 L & Cont Prob 7 (1980), que lo usa en un sentido no muy lejano al que yo le doy. Howard se refiere a que la jurisprudencia del Tribunal Burger "suena a algo nuevo pero a la vez familiar": al "activismo" del Tribunal Warren.
- (174) El término se utiliza con toda precisión para describir el fenómeno del que estamos hablando. Se utilizan, sin embargo, también otros términos como el de complex enforcement que popularizara Sargentich. Véase Note, Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions, 94 Harv L Rev 626 (1981).

- (175) Véase, especialmente, Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 Harv L Rev 1281 (1976).
- (176) Note, The Remedial Process in Institutional Reform Litigation, 78 Col L Rev 784, 788 (1978).
- (177) Véase nota 175 supra. El citado artículo es absolutamente básico para tener una visión de en qué consiste el papel de un juez constitucional inferior, figura que en principio parece ser nos lejana.
- (178) Jennings, The Chancellor's Foot Begins to Kick: Judicial Remedies in Public Law Cases and the Need for Procedural Reforms, 83 Dick L Rev 217, 227 (1979).
- (179) Sobre el proceso de negociación en concreto véase Chayes, Op. cit. supra nota 175, pgs. 1298-1302.
- (180) Véase Note, Op. cit. supra nota 176, pgs. 823-24.
- (181) Id., pgs. 825-26.
- (182) Véase un intento no muy afortunado de sistematización en Note, Op. cit. supra nota 176, pgs. 826-37.
- (183) Véase Roberts, The Extent of Federal Judicial Equitable Powers: Receivership of South Boston High School, 12 New Eng L Rev 55 (1976); The Supreme Court Gambles in Allowing the Continuation of Federal Control over a Local High School, 12 New Eng L Rev 577 (1977).

- (184) 383 F Supp 699 (EDNY 1974) (que recoge el fundamento sustantivo de la apreciación de violación de la Constitución y el nombramiento del master), 383 F Supp 769 (EDNY 1974) (remedial order), affirmed 512 F 2d 37 (2d Cir 1975).
- (185) Berger, Away from the Court House and into the Field: the Odyssey of a Special Master, 78 Col L Rev 707 (1978). Berger era profesor de Derecho Inmobiliario en la Universidad de Columbia (NY) y por ello precisamente fue elegido special master. Id. pg. 710-11.
- (186) Berger, Op. cit. supra nota anterior, pgs. 732-33. Para otro punto de vista acerca de este mismo caso véase Fishman, The Limits of Remedial Power: Hart v. Community School Board.21, en LIMITS OF JUSTICE (Kalodner & Fishman ed. 1978), pgs. 164 y ss..
- (187) 344 F Supp 373, 344 F Supp 387 (M D Ala. 1972), enforcing 325 F Supp 781, 334 F Supp 1341 (M D Ala 1971).
- (188) El citado juez es una figura ya mítica en la historia jurídica norteamericana precisamente con sus disputas con los legisladores de Alabama.
- (189) Note, The Wyatt Case: Implementation of a Judicial Decree Ordering Institutional Change, 84 Yale L J 1338, 1339

(1975). Este estudio describe utilizando este caso concreto de una forma muy gráfica las dificultades de la ejecución de este tipo de decretos.

(190) Id., pg. 1362-65.

(191) Pennhurst State School & Hospital v. Halderman, 49 USLW 4363 (1981).

(192) Id., pg. 4364.

(193) Id.

(194) 437 F Supp 269 (D N H 1977).

(195) No 71-1442 (E D La May 16, 1972).

(196) Véanse las distintas posibilidades en Note, Complex Enforcement: Unconstitutional Prison Conditions, 94 Harv L Rev 626, 630-46 (1981). Véanse, igualmente, Fair, The Lower Federal Courts as Constitution Makers: The Case of Prison Conditions, 7 Am J Crim L 119 (1979); Robbins & Buser, Punitive Conditions of Prison Confinement: An Analysis of Pugh v. Locke and Federal Court Supervision of State Penal Administration under the Eight Amendment, 29 Stan L Rev 893 (1977); Comment, Confronting the Conditions of Confi-

nement: An Expanded Role for Courts in Prison Reform,
12 Harv CR-CL L Rev 367 (1977).

(197) Véase, en general, Harris, The Title VII Administrator: A Case Study in Judicial Flexibility, 60 Cornell L Rev 53 (1974).

(198) 360 F Supp 1006 (D D C 1973).

(199) Altman, Implementing a Civil Rights Injunction: A Case Study of NAACP v. Brennan, 78 Col L Rev 739, 741 (1988).

(200) Id., pg. 742.

(201) Véase id., pgs. 757-59.

(202) Véanse por ejemplo McKay, Reapportionment: Success Story of the Warren Court, 67 Mich L Rev 223, 235-36 (1970);
Note, Reapportionment, 79 Harv L Rev 1226, 1267 (1966).

(203) 406 US 187 (1972) Per curiam.. Esta expresión quiere decir que el TS examinó el caso por el procedimiento sumario, sin vista y con límites en la extensión de las alegaciones escritas.

(204) 271 F Supp 7 (D Conn 1967).

- (205) 425 US 284 (1976).
- (206) La Chicago Housing Authority no pudo demostrar como cuatro proyectos, construídos antes de 1944 sólo tenían respectivamente el 7, 6, 4 y 1% de arrendatarios negros cuando éstos suponían desde entonces el 90% de los solicitantes. Se había opuesto además (porque el City Council presionaba en este sentido) a adquirir viviendas en lugares de población predominantemente blanca, dando lugar a la eliminación del 99'5 % de las posibles unidades en el mercado. También como demandado figuraba el United States Department of Housing and Urban Development por otorgar fondos federales a sabiendas de la situación. La cláusula ~~violada~~ era naturalmente la de equal protection de las enmiendas n° 14 (para los Estados) y 5 (para el Gobierno Federal), aunque también había resultado infrin- gida la Civil Rights Act de 1964. Véase Hills v. Gautreaux, 425 US 284, 287 (1976).
- (207) 425 US 284, 288 (1976).
- (208) 425 US 284, 290 (1976).
- (209) El writ of certiorari es totalmente discrecional como veremos más adelante.
- (210) Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 US 1, 15 (1974).
- (211) Véase Jennings, Op. cit. supra nota 178, pgs. 222-23.
- (212) Brown v. Board of Education (Brown II), 349 US 294, 301 (1955).

- (213) Id..
- (214) "Este TS nunca ha dicho que los internados involuntariamente tengan un 'derecho al tratamiento' de rango constitucional, mucho menos los internados voluntariamente. Véase Sanchez v. New Mexico, 396 US 286 (1970), rechazando la apelación por falta de cuestión federal sustantiva 80 N Mex 438, 457 P 2d 370 (1968); O'Connor v. Donaldson, 422 US 563, 587-89 (1975), voto concurrente de C.J. Burger". La cita es copia literal del último caso: Pennhurst State School and Hospital v. Halderman, 49 USLW 4363, 4367 n. 12 (1981).
- (215) Véase Note, cit. supra nota 196, pgs. 628-30.
- (216) Greenholz v. Inmates of Nebraska Penal & Correctional Complex, 442 US 1 (1979). Por cierto las parole boards son los órganos que determinan la duración de la pena en casi todos los Estados, ya que en el sistema penal Norteamericano el juez simplemente condena. De todas formas los modelos no suelen darse puros.
- (217) Bell v. Wolfish, 441 US 520 (1979).
- (218) Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc., 433 US 119 (1977).
- (219) Estelle v. Gamble, 429 US 97 (1976).
- (220) Véase Hutto v. Finney, 437 US 678 (1978), declarando inconstitucional el sistema de las prisiones de Arkansas.
- (221) 369 US 186 (1962).
- (222) 377 US 533 (1964).

- (223) Es ~~claro~~ claro que las competencias estatales (enmienda n° 10) no son obstáculo aunque quizás sí pueda serlo el federalismo entendido como principio constitucional. Lo que en todo caso sí que está claro es que la legislación amparada en esta Sección 5 de la enmienda 14 anula la inmunidad de los Estados reconocida en la enmienda n°11. Véase Fitzpatrick v. Bitzer, 427 US 445 (1976). De todas formas el propio Congreso duda si sus poderes legislativos al amparo de dicha Sección 5 son mayores que los reconocidos en la cláusula de comercio de ahí que la Civil Rights Act de 1964 se base en esta última y no en aquella.
- (224) Hague v. CIO, 307 US 496 (1939), en que el TS admitió su accionabilidad para sancionar a autoridades locales que se ~~dis~~disguñan por sus actividades contra un sindicato local, es precisamente la excepción.
- (225) 365 US 167 (1961).
- (226) Véase, en general, A. E. ~~DICE~~ HOWARD, THE STATES AND THE SUPREME COURT (publicado por el National Governors' Association Center for Policy Research, octubre 1980).
- (227) 436 US 658 (1978).
- (228) Véase el art. 106 de la Constitución Española.
- (229) Algunas de las aplicaciones de lo que en Europa es la responsabilidad administrativa sí están sin embargo comprendidas en la taking clause (cláusula expropiatoria) de la enmienda 5.
- (230) "The king can do not wrong".

- (231) Véase mi trabajo publicado en el n° 3 de la Revista Española de Derecho Constitucional.
- (232) 48 USLW 4859 (1980).
- (233) Véase HOWARD, Op. cit. supra nota 226, pgs, 31-37.
- (234) Sabido es que las enmiendas 13 a 15 , y especialmente la 14, estuvieron motivadas por la intención de cortar de raíz los llamados "Códigos Negros" que ~~p~~omenzaron a promulgar los Estados del Sur y que tendían a perpetuar situaciones de semi-esclavitud: ~~códigos~~ de trabajo, de pasaportes para moverse por el territorio, de restricciones al derecho de voto,... etc..
- (235) Programa Aid to Families With Dependant Children.
- (236) Normalmente, tratándose de leyes de prestaciones sociales, la objeción constitucional venía motivada por la cláusula de equal protection.
- (237) Pennhurst State School and Hospital v. Halderman, 49 USLW 4363 (1981).
- (238) Hinkle, Appellate Supervision of Remedies in Public Law Adjudication, 4 Fla St U LRev 411 (1976).
- (239) Lemon v. Kurtzman II, 411 US 192 (1973).
- (240) Hartford-Empire Co. v. United States, 324 US 570, 571 (1945), aunque con la matización importante de tratarse de una caso de Antitrust Law, de ahí que el TS apoyara el razonamiento en que no puede entenderse que el Congreso dejara la aplicación concreta de la Sherman Act en manos de jueces individuales. De hecho, de todas formas, el TS aplica como y cuando quiere cualquier tipo de control.

- (241) Sobre el concepto de constitutional common law, que implica que puede entenderse que parte del ~~Derecho~~ Derecho Constitucional sustantivo es modificable por ley ordinaria, véase infra pgs. 701 y ss.
- (242) Sin embargo, si el Congreso decide reducir los posibles remedies y recorta demasiado, como consecuencia, la protección auténtica del derecho sustantivo que los motivaba, se duda si esa ley sería constitucional. El TS pareció sugerir la inconstitucionalidad de estas leyes en Katzbach v. Morgan, 384 US 641, 651 n. 10 (1966), pero el tema no está ni mucho menos resuelto.
- (243) Quizás al lector no norteamericano se le puede escapar el alcance de decisiones como las de los dos casos Brown, Brown v. Board of Education (Brown I), 347 US 483 (1954) y Brown v. Board of Education (Brown II), 349 US 294 (1955). Pero lo que estaba en juego era el final de un régimen de apartheid de más de un siglo ordenado por nueve hombres cuyos predecesores habían sido la causa precisamente del establecimiento de dicho régimen.
- (244) Brown II, 349 US 294, 301 (1955).
- (245) Cooper v. Aaron, 358 US 1, 17-19 (1958).
- (246) Id.
- (247) 377 US 218 (1964).
- (248) La bibliografía jurídica comentando todas estas decisiones es tan enormemente amplia que simplemente la omito.
- (249) 391 US 430 (1968).
- (250) 402 US 1 (1971).

(251) 413 US 189 (1973).

(252) 418 US 717 (1974).

(253) 423 US 135 (1976).

(254) La reserva de cuotas para minorías no está admitida para la educación universitaria pero sí naturalmente para la elemental.

(255) 433 US 406 (1977).

(256) 433 US 267 (1977).

(257) 443 US 449 (1979).

(258) 443 US 526 (1979).

(259) Véase Laaman v. Helgemoe, 437 F Supp 269, 309 (D N H 1977).

(260) Véase Palmigiano v. Garrahy, 443 F Supp 956, 982 n. 33 (D R I 1977).

(261) 441 US 520 (1979).

(262) Newman v. Alabama, 559 F 2d 283 (5th Cir 1977), cert. denied, 438 US 915, rev'd in part on other grounds and remanded per curiam sub nom. Alabama v. Pugh, 438 US 781 (1978).

(263) 441 US 520, 554 (1979).

(264) Id. pg. 562.

- (265) Véase Note, cit. supra nota 196, pg. 645 n. 150.
- (266) 437 US 678 (1978).
- (267) Id. pgs. 685-88.
- (268) 424 US 747 (1976).
- (270) Id., pg. 767 (1976).
- (271) Compárense Regents of the University of California v. Bakke, 438 US 265 (1978), donde el TS declaró inconstitucional las reservas de cuotas para minorías en las universidades, con United Steelworkers v. Weber, 443 US 193 (1979).
- (272) Brown I y II, véase supra nota 243.
- (273) 369 US 186 (1962).
- (275) 406 US 187 (1972) Per curiam.
- (276) Véase supra pg. 56.
- (277) Hinkle, Op. cit. supra nota 238, pg. 419 n. 42.
- (278) 403 US 124 (1971).
- (279) Id., pg. 160.
- (280) 402 US 690 (1971).
- (281) 410 US 315 (1973). Véanse otras manifestaciones de esta presunción de preferencia en Chapman v. Meier, 420 US 1 (1975) y East Carroll Parrish School Board v. Marshall, 424 US 636 (1976). Véase Hinkle, Op. cit. supra nota 238 pgs. 427-28.

- (282) 403 US 124 (1971).
- (283) 430 US 144 (1977).
- (284) Véase supra texto que acompaña a la nota 252.
- (285) 425 US 284 (1976).
- (286) 49 USLW 4363 (1981).
- (287) Id., pg. 4370.
- (288) Id.,pg. 4377.
- (289) Id.. Véase el texto que acompaña ala nota anterior.
- (290) 441 US 520 (1979).
- (291) Véase supra texto que acompaña a las notas 263-65.
- (292) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 US 1, 42 (1973). Véase en este sentido la interpretación que del caso hace A.E. Dick Howard: "los magóstrados del TS estaban abiertamente preocupados (...) por la "toma" de la administración de funciones no judiciales como la educación pública". Howard, The Burger Court: A Judicial Nonet Plays the Enigma Variations, 43 L & Cont Prob 7, 11 (1980). El caso se examinará de todas formas con todo detalle al tratar los welfare rights en al capítulo final de esta tesis.
- (293) 347 US 483 (1954).
- (294) 369 US 186 (1962).
- (295) 418 US 717 (1974).

- (296) 406 US 187 (1972) Per curiam.
- (297) 418 US 717 (1974).
- (298) 425 US 284 (1976).
- (299) Véase el examen detallado de la Housing and Community Development Act de 1974, modificando la United States Housing Act de 1937 que el TS tuvo que hacer para definir las "áreas de mercado de la vivienda" en 425 US 284, 303-04 (1976).
- (300) En palabras del TS, "aquí, al contrario que el remedy juzgado erróneo en Milliken, una orden judicial mandando extender el remedy más allá de los límites de la ciudad no implica necesariamente la coacción sobre órganos de gobierno local que nada tienen que ver con la violación constitucional". 425 US 284, 298 (1976).
- (301) 418 US 717, (809-810 (1974).
- (302) Id., pgs. 743-44.
- (303) 418 US 717 (1974).
- (304) 411 US 1 (1973).
- (305) 49 USLW 4363 (1981).
- (306) 441 US 520 (1979).
- (307) 406 US 187 (1972). Per curiam.
- (308) Véase, por ejemplo, Eisenberg & Yeazell, The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, 93

Harv L Rev 465, 494-506 (1980); Mishkin, Federal Courts as State Reformers, 35 Wash & Lee L Rev 949 (1978); Nagel, Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Powers, 30 Stan L Rev 661, 718-23 (1978).

(309) Véase Chayes, Op. cit. supra nota 175.

(310) Comment, Equitable Remedies: An Analysis of Judicial Utilization of Neoreceiverships to Implement Large Scale Institutional Change, 1976 Wisc L Rev 1161. La afirmación se basa en que lo que es nuevo es su aplicación en la protección de los derechos de libertad, no de los de propiedad.

(311) Eisenberg & Yeazell, Op. cit. supra nota 308.

(312) Véase infra

(313) Cox estudia todo el problema tratado por nosotros en el capítulo IV de su preciosa obra THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (Oxford University Press, 1976). Dicho capítulo había sido el tema de una conferencia que fue publicada el mismo año, The New Dimensions of Constitutional Adjudication, 51 Wash L Rev 791 (1976).

(314) Cox, The New..., pg. 822.

(315) Id., pg. 823.

(316) La noción de policentrismo implica la existencia de problemas o conflictos jurídicos tan interrelacionados en sus distintas partes que lo que se decida en una de ellas repercute en el todo (Fuller utiliza el ejemplo de la tela de araña que al romperse un hilo puede dar al traste con toda la maraña). Son aquellos en que los intereses en juego no están en absoluto predeterminados sino que dependen de su contraste con otros muchos intereses. Los pro-

blemas jurídico-ecológicos son quizás el más típico ejemplo.

- (317) Véase Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, 92 Harv L Rev 353, 394-403 (1978).
- (318) HOROWITZ, THE COURTS AND SOCIAL POLICY (The Brookings Institution ed., 1977), pg. 56.
- (319) Véase infra pgs. 649 y ss.
- (320) La noción norteamericana de "impacto" hace referencia a la efectiva repercusión de la norma sobre la realidad social que aquella pretende regular. Sobre el "impacto" en general de las sentencias del TS véase WASBY, THE IMPACT OF THE UNITED STATES SUPREME COURT (1970).
- (321) HOROWITZ, Op. cit. supra nota 318, pgs. 56 y ss..
- (322) Véase Bickel, The Supreme Court, 1960 Term-Foreword: The Passive Virtues, 75 Harv L Rev 40 (1961), también recogido como capítulo 4, pgs. 111-98, en su THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs-Merill ed. 1962).
- (323) Las Supreme Court Rules son elaboradas por el propio TS. Su última redacción es relativamente reciente, ya que fue adoptada el 14 de abril de 1980, entrando en vigor el 30 de junio del mismo año. Se pueden encontrar en 48 USLW 4340-4361.
- (324) El writ of error se abolió en 1928.
- (325) 401 US 37, '44 (1971). Véase, en general, Monaghan, The Burger Court and "Our Federalism", 43 L & Cont Prob, 39-50 (1980). El principio pone límites a las posibilidades de traslado de los casos desde la jurisdicción estatal hasta la federal apoyándose en el principio federal en abstracto, una de las raras ocasiones en que este principio tiene operatividad procesal y no sustantiva.

- (326) La doctrina supone que en algunos casos los tribunales federales puede declinar el ejercicio de su jurisdicción si la existencia real de un problema constitucional depende de la interpretación que del derecho estatal se haga. El caso que la estableció fue Railroad Commssion v. Pullman, 312 US 496 (1941), por eso también recibe a veces el nombre de la Pullman doctrine. Sobre el tema véase NOWAK et al., pgs. 90-100.
- (327) La 11ª enmienda actúa como una barrera jurisdiccional contra las demandas contra los Estados ante la jurisdicción federal, aunque explicar detenidamente hasta qué punto y en que casos opera realmente esta inmunidad nos llevaría demasiado tiempo. Véase en general NOWAK et al., pgs. 48 y ss..
- (328) STERN & GRESSMAN, SUPREME COURT PRACTICE (5th ed. 1978), pgs. 317-30.
- (329) "A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion...", dice la actual Rule 17. La misma regla, antigua 19, contiene unos criterios más específicos que intentan señalar qué casos deben ser normalmente objeto de certiorari, pero su eficacia es casi nula porque quienes los deben apreciar en todo caso son al menos cuatro miembros del TS. Por cierto, como comentarios a las Rules de 1980 pueden verse Stern & Gressman, Supreme Court Rules; The 1980 Revision, 48 USLW 3827 (1980) .
- (330) Véanse las propuestas de la 1ª Sesión del 96º Congreso en 1979. De todas formas, al ligarse la reforma a la supresión de la jurisdicción de apelación sobre algunas materias constitucionales sustantivas, el proyecto quedó congelado. En todo caso ésta es la tendencia general.

- (331) Véase Linzer, The Meaning of Certiorari Denials, 79 Col L Rev 1227, 1241-43 (1979).
- (332) Id. pgs. 1243 y 1292.
- (333) "A Statement of the grounds upon which it is contended the questions involved are substantial", decía la antigua Rule 12 y hoy se mantiene en la 15.
- (334) "Dismissal for want of a substantial federal question".
- (335) Por este procedimiento, por ejemplo, la constitucionalidad de la discriminación de la homosexualidad ha sido admitida por el TS en Doe v. Commonwealth Attorney, 425 US 901 (1976).
- (336) Véase Linzer, Op. cit. supra nota 331, pgs. 1231-35.
- (337) Id., pgs. 1302 y ss.. Por cierto, el trabajo de Linzer es excelente tanto por su proximidad como por su contenido. Reúne casi toda la bibliografía reciente acerca del tan traído y llevado tema de la carga de trabajo, la propuesta de la National Court of Appeals semiparalela al TS que partió de C.J. Burger y a la que se opusieron violentamente J.J. Brennan y Douglas, así como toda la literatura acerca del certiorari y las afirmaciones y rechazos por insustancialidad.
- (338) ~~TRIBE~~, pg. 35 n. 8.
- (339) Id. y Linzer, Op. cit supra nota 331, pgs. 1291 y ss..
- (340) La bibliografía y jurisprudencia puede encontrarse en cualquier manual.
- (341) Véase NOWAK et al., pgs. 54-55.

- (342) 28 USC Secciones 2201-02 (1970) (promulgada por ley de 14 de junio de 1934, ch. 512, 48 Stat 955).
- (343) El tema de su constitucionalidad fue debatido en toda su extensión por el TS. Véase *TRIBE*, pgs. 58 y ss..
- (344) Roe v. Wade, 411 US 113 (1973), el caso despenalizador del aborto llegó así al TS por ejemplo.
- (345) 392 US 83 (1968). En esta sentencia el Tribunal Warren admitió la posibilidad de que los contribuyentes impugnaran toda ley cuya constitucionalidad no pudiera llegar a enjuiciarse de otra manera; subvenciones presupuestarias a las iglesias por ejemplo.
- (346) Véanse especialmente United States v. Richardson, 418 US 166 (1974), denegando a los contribuyentes legitimación para pedir que se desvelara la contabilidad de la CIA y Warth v. Seldin, 422 US 490 (1975), infra pgs. El tema es especialmente candente en la actualidad por lo que a la legitimación de organizaciones ecologistas. Véase la bibliografía citada en *TRIBE*, pg. 85 n. 28.
- (347) Véase, en general, Developments in the Law - Class Actions, 89 Harv L Rev 1318 (1976).
- (348) 330 US 75 (1947).
- (349) 411 US 113 (1973).
- (350) 416 US 312 (1974).
- (351) Véase supra nota 322.
- (352) Véase, por ejemplo, *TRIBE*, pgs. 87, 89 y 720.

- (353) Id., pgs. 155 y 309.
- (354) Así los clasifica, por ejemplo, A. E. Dick Howard (conversación personal) aunque reconoce que también pueden calificarse como casos genéricos de federalismo.
- (355) Véase, por ejemplo, GUNTHER, pgs. 1663 y ss..
- (356) Así lo hace por ejemplo el paradójicamente más ardiente defensor de la jurisprudencia del Tribunal Burger en general, TRIBE, pg. 156.
- (357) 408 US 1 (1972).
- (358) 414 US 488 (1974).
- (359) 423 US 362 (1976).
- (360) Poder de dotación de fondos presupuestarios que es de los más eficaces, o el que más, de los poderes de control del Congreso sobre el Ejecutivo.
- (361) Véase supra nota 325.
- (362) 414 US 488, 500-02 (1974).
- (363) Véase supra pgs. 61 y ss..
- (364) 401 US 37 (1971).
- (365) De dicta los califica por ejemplo TRIBE, pgs. 155 y 156.
- (366) Véanse, por ejemplo, GUNTHER., pgs. 1664-65; GROSSMAN & WELLS, CONSTITUTIONAL LAW AND JUDICIAL POLICY MAKING (Wiley & Sons Ed. 1980), pgs. 136-37.

- (367) Véanse, por ejemplo los recortes de los decretos de los tribunales de distrito de Hague v. CIO, 307 US 496 (1939) y por supuesto toda la línea de casos del apartado B de este capítulo.
- (368) 369 US 186 (1962).
- (369) 1 Cranch 137 (1803).
- (370) El ya tantas veces citado artículo de Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv L Rev 1 (1959) es en realidad la Oliver Wendell Holmes Lecture pronunciada el 7 de abril en la Universidad de Harvard. El año anterior la conferencia había sido celebrada por Learned Hand y publicada como un pequeño libro bajo el título ^{de} THE BILL OF RIGHTS (Harvard University Press, 1958).
- (371) HAND, Op. cit. supra nota anterior, pg. 15.
- (372) Wechsler, Op. cit. supra nota 370, pgs. 7-8.
- (373) Id. pg. 9.
- (374) Id.
- (375) Albert, Justiciability and Theories of Judicial Review: A Remote Relationship, 50 So Cal L Rev 1139, 1142 n. 14 (1977).
- (376) 369 US 186 (1962).
- (377) Véase, en España, SCHWARTZ, LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA (Ed. Civitas 1980), pgs. 90-91.
- (378) 328 US 549 (1946).

- (379) Se denomina cláusula de garantía a la Sección 4 del artículo IV de la Constitución: "Los Estados Unidos garantizarán a todos los Estados de la Unión una forma republicana de gobierno...".
- (380) 369 US 186 (1962).
- (381) Wechsler, Op. cit. supra nota 370, pg. 8.
- (382) 395 US 486 (1969).
- (383) En el supuesto del impeachment estuvo a punto de haberla con motivo del asunto Watergate, lo cual motivó cierta literatura entre la que destacan las obras de BERGER, IMPEACHMENT (1973) y BLACK, IMPEACHMENT: A HANDBOOK (1974). Véase la bibliografía citada en TRIBE, pgs. 215-16, n. 2. Por lo que al tema del proceso de ratificación de enmiendas por los Estados se refiere, aunque el TS hace ya tiempo que lo calificó de cuestión política, en Coleman v. Miller, 307 US 433 (1939), los problemas en que se ha visto envuelta la ratificación del ERA (equal rights amendment, igualdad de la mujer) donde hay Estados que han anulado ratificaciones previas, ya que el periodo de tiempo ha sido varias veces extendido por el Congreso, no excluye la posibilidad de que el TS tenga que volver a pronunciarse sobre el tema en un futuro próximo. La literatura jurídica en este último caso es ingente.
- (384) Ha habido aproximadamente unos setenta pronunciamientos del TS acerca de la constitucionalidad o no de la guerra del Vietnam pero en ninguno de ellos apreció ni siquiera la jurisdicción el TS. En este terreno el Tribunal Burger se limitó a continuar la política del Tribunal Warren que sistemáticamente denegó el writ of certiorari. Como investigación informativa de esta jurisprudencia

véase Sugarman, Judicial Decisions Concerning the Constitutionality of the United States Military Activity in Indo-China, 13 Col J Transnat'l L 470 (1974). Como comentario más de fondo véase HENKIN, FOREIGN AFFAIRES AND THE CONSTITUTION (Foundation Press, 1972), pgs. 207 y ss.. De los votos disidentes de J. Douglas a la denegación del writ parece deducirse que en algunos casos salió a relucir en las discusiones de la conferencia la naturaleza de cuestión política del tema. Su posición a favor de haber apreciado la jurisdicción se encuentra mejor resumida en Massachusetts v. Laird, 400 US 886, caso en que fue ya un Estado y no un particular quien planteó judicialmente el tema en defensa de sus ciudadanos. Algunos tribunales inferiores entraron en el fondo y otros aplicaron la doctrina de las cuestiones políticas. En todo caso nadie declaró la guerra, o alguna de sus acciones como los bombardeos de Camboya, inconstitucional.

(385) 444 US — (1980). Per curiam. El TS declaró cuestión política la resolución del tema de si la abrogación de un tratado por el ejecutivo (la Constitución guarda silencio sobre el tema a diferencia de la ratificación que atribuye a los dos tercios del Senado) es inconstitucional. La Secretaría de Estado al entablarse relaciones diplomáticas con la República Popular de China había dado por derogado el tratado militar de defensa con Taiwan.

(386) 409 US 1 (1973). Per curiam.

(387) 419 US 477 (1975). Este área de los poderes de los partidos políticos sigue siendo configurada como dudosa. De hecho este es uno de esos terrenos en que la terminología de "políticas" ha hecho que en vez de cuestiones políticas strictu sensu áreas cercanas a la libertad del juego

político adquirieran ese carácter aunque nada tengan que ver con la aplicación o no de una cláusula constitucional que otorga poderes más o menos discrecionales a otro órgano o poder constitucional. Véase infra pgs. 120-21. En todo caso O'Brien consideró que el TS no podía entrar a enjuiciar los actos de la convención nacional de uno de los dos grandes partidos. Sin embargo, el lenguaje de O'Brien fue recortado en gran parte por Wigoda. Algunos comentaristas interpretaron que O'Brien era un caso típico de cuestión política como por ejemplo Kester, Constitutional Restrictions on Political Parties, 60 Va L Rev 731, 783 (1974). Efectivamente, un lenguaje no muy claro en O'Brien podía dar pie a ello: "se presentan en el caso problemas muy importantes que podrían dar lugar a dudas acerca de la justiciabilidad", "relaciones que son de gran delicadeza y que son por naturaleza políticas..."; los precedentes que en la sentencia se citan son casos de cuestiones políticas y el voto disidente de J. Marshall tomó el voto mayoritario también como si lo dijera expresamente. En todo caso Wigoda rechazó este enfoque declarando expresamente que no se trataba el tema de si los poderes de los partidos son una cuestión política en la nota 4 a pie de página. De hecho el tema que se discute en realidad es el de si los partidos ejercen funciones públicas por delegación tema que en principio no tiene nada que ver con las cuestiones políticas. De todas formas la exclusión del tema en Wigoda en vez del pronunciamiento abierto de que no se trata de una cuestión política no permite afirmar como hace Rotunda que claramente el TS dejó de considerarlo como tal. Véase Rotunda, Constitutional and Statutory Restrictions on Political Parties in the Wake of Cousins v. Wigoda, 53 Tex L Rev 935 (1975).

(388) 418 US 683 (1974). En este célebre caso donde el TS

interpretó que el Presidente Nixon podía ser judicialmente obligado a aportar las cintas a otro proceso en cumplimiento de una subpoena judicial, el TS insinuó que podía haber ~~áreas~~ de discrecionalidad del ejecutivo, confidenciales para el manejo de los asuntos públicos, que podrían dar lugar a cuestiones políticas aunque naturalmente en el caso concreto enjuiciado no era así.

(389) 405 US 15 (1972). El caso supone una especificación de la judicialización del tema en Powell v. McCormack, 395 US 486 (1969). Efectivamente, en este último el TS había dicho en nota a pie de página que pese a que la decisión de la Cámara de no aceptar o de expulsar a un miembro era una cuestión judicializable, "la doctrina de las cuestiones políticas todavía podía impedir a los tribunales federales la revisión de las determinaciones de hechos relativas a si un miembro de la Cámara reunía o no la cualificación necesaria. Esta es una cuestión que no se presenta en este caso y por tanto no la decidimos". Roudebush está en esta línea pues lo que prohíbe a los tribunales federales, como cuestión política, es entrometarse con esta función de determinación de los hechos incluso aunque la intervención del tribunal tuviera por finalidad tomar medidas cautelares para que el Congreso pueda ejercer esa función correctamente. El Congreso es pues plenamente soberano en el ejercicio de su potestad de Sección 5 del artículo I de la Constitución en lo que a la fijación de los hechos se refiere.

(390) La declaración como inconstitucional del patronazgo político salvo en los niveles de dirección política, que supone en realidad la constitucionalización de los derechos derivados de la estabilidad en el empleo de los funcionarios públicos, se amparó por el Tribunal Burger en la li-

bertad de expresión y asociación de la primera enmienda. El TS rechazó aquí totalmente que fuera aplicable en absoluto la doctrina de las cuestiones políticas (tanto el voto mayoritario como los particulares) debido a que desde Baker la doctrina no se podía aplicar a relaciones entre los tribunales y los poderes estatales. En realidad ya pusimos de manifiesto como el primero de los justiciability cases, Laird, obedece a la necesidad de crear cuestiones no justiciables en este ámbito ya que hasta Baker la doctrina de las cuestiones políticas no se limitaba a relaciones entre poderes federales.

(391) 413 US 1 (1973).

(392) Id.

(393) 444 US — (1980).

(394) Henkin, Is There a 'Political Question' Doctrine ?, 85 Yale L J 597 (1976).

(395) Id. pg. 621.

(396) Albert, Op. cit. supra nota 375, pg. 1139.

(397) 1 Cranch 137 (1803).

(398) 369 US 186 (1962).

(399) Weston, Political Questions, 38 Harv L Rev 296 (1925).

(400) 369 US 186 (1962).

(401) Finkelstein, Judicial Self-Limitation, 37 Harv L Rev 338, 361 (1924).

- (402) POST, THE SUPREME COURT AND POLITICAL QUESTIONS (Baltimore, 1936). Por cierto esta versión de las cuestiones políticas fue difundida en España por GARCIA PELAYO. Véase DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (Ed. Revista de Occidente, 8ª edición 1967), pgs. 429-30.
- (403) Bickel, The Supreme Court 1960 Term - Foreword: The Passive Virtues, 75 Harv L Rev 40 (1961).
- (404) Véase la posición de Bickel explicada con más detalle en infra pgs. 297 y ss.
- (405) TRIBE, pg. 72 n. 1.
- (406) Scharpf, Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis, 75 Yale L J 517 (1966). Sobre la policy-oriented school of jurisprudence véase infra pgs. 651 y ss.
- (407) DUCAT, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (West Pub. Co., 1978), pgs. 261 y ss.. Sobre la noción de plicentrismo véase supra capítulo II, nota 316.
- (408) Paust, The Concept of Norm: Toward a Better Understanding of Content, Authority, and Choice, 53 Temp L Q 226, 250 y ss. (1980).
- (409) 413 US 1 (1973).
- (410) 416 US 232 (1974)
- (411) Gilligan dejó muy claro que si lo que los demandantes hubieran pedido hubiera sido una indemnización de daños y

perjuicios entonces no habría habido problema alguno de justiciabilidad. Efectivamente, en Scheuer los demandantes sólo reclamaban dicha indemnización (que les fue concedida) mientras que en Gilligan habían pedido que los tribunales federales vigilaran los entrenamientos, armamento e instrucciones de la Guardia Nacional.

(412) Henkin, Op. cit. supra nota 394.

(413) Véase supra nota 360 y el texto que la acompaña.

(414) 395 US 486 (1969).

(415) Véanse supra pgs. 85-90.

(416) Scharpf, Op. cit. supra nota 406, pg. 538.

(417) 1 Cranch 137 (1803). Lo que el ^hCíef Justice examinaba, por tanto, era si Madison tenía un deber legal, jurídico, de entregar la comisión de nombramiento de Marbury.

(418) 7 Pet 243 (1833).

(419) TRIBE, pg. 79 n. 41.

(420) Id., pg. 79.

(421) Id..

(422) Véase Henkin, Op. cit. supra nota 394.

(423) 444 US — (1980). Véase supra nota 385.

(424) Rheinstein, Book Review, 13 Am J Comp L 318, 322-26.

- (425) 301 US 324 (1937).
- (426) Véase infra pgs. 121-24.
- (427) 49 USLW 4969 (1981).
- (428) 1 Cranch 137 (1803).
- (429) Véase, en este sentido GARCIA PELAYO, Op. cit. supra nota 402, pg. 441. El que mejor ha expuesto la labor legitimadora de la jurisprudencia del TS ha sido sin duda alguna BLACK, THE PEOPLE AND THE COURT (Macmillan ed. 1960), pgs. 34 y ss. Un buen resumen the Black puede encontrarse también en BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs-Merrill ed. 1962, pgs. 29-33.
- (430) 444 US — (1980).
- (431) Id..
- (432) Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (The Steel Seizure Case), 343 US 579 (1952), determinó la inconstitucionalidad de la "toma" de las fábricas metalúrgicas por la administración ante el carácter indefinido que tomaba la huelga y que podía poner en jaque el esfuerzo norteamericano en la guerra de Corea.
- (433) 49 USLW 4969 (1981).
- (434) 49 USLW 4969, 4978 (1981).
- (435) 369 US 186 (1962).
- (436) 328 US 549 (1946).

- (437) TRIBE, pgs. 75-76.
- (438) 369 US 186 (1962).
- (439) TRIBE, pg. 76.
- (440) 409 US 1 (1973) Per curiam.
- (441) Las relaciones internacionales son el área donde las cuestiones políticas tienen su campo preferente de aplicación. Tan es así que J. Brennan se vió obligado a afirmar en Baker v. Carr, 369 US 186 (1962), que "es un error suponer que todo caso o controversia que afecta a las relaciones internacionales cae fuera de la competencia judicial". Id. pg. 211.
- (442) 376 US 398 (1964).
- (443) Véase HENKIN, Op. cit. supra nota 384, pgs. 217 y ss. donde se comenta ampliamente el caso.
- (444) TRIBE, pg. 77 n. 35.
- (445) Tribunales especiales creados por el Congreso entre los que están por supuesto las Courts of Claims normalmente instituídos para dirimir litigios patrimoniales internos derivados del ejercicio por el Estado de la protección diplomática negociando la cantidad total de dinero que el Estado extranjero debe pagar.
- (446) Véase HENKIN, Op. cit. supra nota 384, pgs. 61 y ss.. Por cierto los amicus curiae briefs son escritos que puede presentar ante el TS cualquiera en defensa de una de las partes del litigio pendiente ante dicho tribunal;

normalmente necesitan el consentimiento de las partes.
Su regulación se encuentra actualmente en la Rule 36
de las nuevas de 1.980.

(447) 406 US 759 (1972).

(448) Véase, en el mismo sentido, *TRIBE*, pg. 77 n. 35.

(449) 425 US 628 (1976).

(450) *TRIBE*, pg. 78 n. 35.

(451) Véase *Dames and Moore v. Regan*, 49 USLW 4969, 4978 (1981).

III.- LOS EFECTOS FORMALES DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

III:1.- INTRODUCCION.

Con la expresión "efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad" intento describir los resultados de esos juicios sobre el sistema de fuentes del Derecho de cualquier ordenamiento jurídico. En una palabra, qué ocurre con la ley declarada inconstitucional y qué ocurre con los hechos y actos (1) que se basaban en la ley ahora declarada inconstitucional.

He preferido esta terminología en lugar de otros términos paralelos, quizás más usados, como simplemente el efecto del juicio de inconstitucionalidad (2), las consecuencias jurídicas de la invalidación judicial (3), o el efecto jurídico de las sentencias que declaran que una ley es inconstitucional (4), porque quería acentuar(A) que el tema al que ahora nos enfrentamos no es el de las fuentes sustantivas del juicio de constitucionalidad en sí mismo, la nueva regla constitucional sustantiva emitida por el T. S., sino sólo los efectos ya descritos; y (B) que el problema es más extenso que el de el mero examen del tema de la retroactividad-prospectividad, tema que, más o menos, ha polarizado o monopolizado la discusión en Estados Unidos acerca de los efectos de la inconstitucionalidad (5).

Existen varios caminos para intentar llegar al centro del problema de la naturaleza de la justicia constitucional; es decir, si supone o no legislación o administración.

El primero consiste en examinar si existe o no una --

función judicial sustantiva y ya hemos visto como, aunque borrosamente, tal idea existe.

El segundo consiste en el estudio de las fuentes sustantivas de los juicios de constitucionalidad: legisla---ción puede entonces oponerse a interpretación.

El tercero hace referencia precisamente al análisis de los efectos formales de las sentencias: legislación --- puede oponerse aquí no a interpretación sino a adjudica---ción (6).

A partir de ahora nos sumergiremos en este tercer --- campo.

III:2.- EL ESTUDIO DE LAS DIVERSAS LINEAS JURISPRUDENCIA- LES.

A.- EL EFECTO NORMAL: LA "INVALIDACION" JUDICIAL DE LAS - LEYES.

"La mera lectura del (artículo 55,2 LOTC) evidencia - que la resolución de los recursos de amparo es una compe---tencia de las Salas, que no aparece limitada en el supues---to de que la sentencia haya de fundarse en que la ley --- aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades pú---blicas. Lo que sucede es que el juicio de la Sala se cir---cunscribe al caso concreto planteado, por lo que su cono---cimiento sobre la constitucionalidad de la Ley es meramen---te instrumental y no produce los efectos generales previs---tos en el artículo 38 LOTC. (...) El Pleno es el órgano --- competente para decidir acerca de la constitucionalidad --- de la Ley, con efectos 'erga omnes', de acuerdo con los --- artículos 10, a) y 38 LOTC". (STC de 10 de Noviembre de --- 1981. Cuestión de constitucionalidad número 48/1981).

"Las sentencias recaídas en procedimientos de incons---titucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincula---rán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos ge---

nerales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado" (Artículo 38, 1 LOTC).

"En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad" (Artículo 40,2 LO TC).

Qué deba entenderse por "invalidación judicial" no está todavía claro en el actual Derecho Constitucional Norteamericano.

La doctrina que se contenía en varios casos ya antiguos no ha sido reformulada en las últimas décadas y, lo que es más importante, no estudia directamente el tema por ser normalmente obiter dicta.

Por una parte, Norton v. Shelby County (7) afirmaba - que una ley inconstitucional deviene nula, o mejor, era nula ab initio; no existía en el mundo jurídico (8); teoría que es perfectamente comprensible y que sigue la llamada - "teoría oracular" de la función judicial (9).

Por otra, la jurisprudencia de algunos tribunales estatales, como Shepard v. Wheeling (10), afirmaba que la --sentencia del T.S. sólo se aplica a las partes; que no tiene eficacia erga omnes. Aunque este tipo de afirmaciones - nunca han sido emitidas por tribunales federales (11), ha sido mantenida, sin embargo, a veces por otros agentes federales (12). Incluso muy recientemente la teoría ha vuelto a ser afirmada de nuevo por los tribunales estatales.

Como nos cuenta Rendleman, "cuatro años después de -- que el T.S. sostuviera la inconstitucionalidad de una ley

de Virginia, prohibitoria de matrimonios inter-raciales -- (13), un soldado negro y su novia, blanca, solicitaron una licencia matrimonial en Calhoun County, Alabama. El juez -- denegó la licencia porque era "ilegal". Un deputy attorney general se mestró de acuerdo afirmando que "cuando el T.S. de los Estados Unidos enjuicia un caso su sentencia sólo -- vincula a las personas que se ven afectados en ese caso -- concreto ... No puede decirse que un solo fallo borre todas estas leyes de todos los libros de códigos en todo Estados Unidos". Pocos días después un tribunal federal de -- distrito declaró que la ley de Alabama era inconstitucional, requiriendo en el fallo al Attorney General que aconsejara a todos los jueces estatales que la ley carecía totalmente de validez (14)".

Hay casos todavía más sangrantes como el de Williams v. Georgia (15). Williams había sido condenado a muerte; -- la sentencia fue apelada porque el condenado entendía que el procedimiento de selección de jurados discriminaba a -- los negros. El T.S., después de la condena, había admitido precisamente la inconstitucionalidad de ese sistema de selección. En apelación, dicho T.S. devolvió el caso al Tribunal Supremo de Georgia para que lo reconsiderase a la -- luz de la nueva doctrina. Este último confirmó la sentencia negándose a "rendir poderes soberanos de este Estado". "Inexplicablemente", dicen con razón Grossman y Wells (16), "pese a este desafío directo, el T.S. denegó varias nuevas peticiones de revisión y Williams fue ejecutado".

En todo caso una afirmación parece alcanzar unanimidad: "la declaración de inconstitucionalidad no opera exactamente igual que si se tratase de la derogación de una -- ley. Todos los tribunales aceptan ésto (17)".

En palabras de Grant, "cuando el T.S. de los Estados Unidos establece que una ley es inconstitucional, su sentencia tiene efecto erga omnes por sólo una razón -puede -dejar de lado cualquier otro fallo por cualquier otro tribunal ... que intente aplicar esa ley (18)".

Así pues, la "invalidación" de la norma (término con el que se designa la función del T.S.) no se deriva sino -de su inaplicación en todo caso análogo.

Esta creencia general, sin embargo, supone reconocer que la eficacia de las sentencias del T.S. es la de la doctrina jurisprudencial, no la de la ley general, por eso a veces se producen estas disfunciones.

Sin embargo, a nadie se le escapa que la afirmación -de Grant es real y el Congreso de los Estados Unidos es el primero que tiene por totalmente invalidada toda ley declarada inconstitucional por el T.S., llevando un cuidadoso -registro de las mismas aunque no haya acto formal posterior de derogación, que no tiene sentido (19).

El tema además ofrece la especialidad de que el fallo de las sentencias del T.S. no declara nada constitucional o inconstitucional, pues, se limita al aspecto procesal: "revocamos" ó "afirmamos" la sentencia del tribunal inferior, por lo que la declaración de inconstitucional en sí misma forma parte del fundamento del fallo y no de éste -- (20).

El tema enlaza de esta forma con la doctrina del precedente, doctrina a la que remitimos (21).

Baste aquí para acabar el señalar que el tema no preocupa en absoluto a la doctrina norteamericana.

Sólo recientemente Miller ha vuelto a sacarlo a discusión pública para reafirmar los mitos tradicionales. Pero su reafirmación de estos principios tradicionales es útil porque nos lleva al convencimiento de que, en último término, el tema de las fuentes del Derecho puede trasladarse - del origen de las normas al de su vigencia y de aquí al de la sociología jurídica.

Efectivamente, al contrario que Grant, Miller reafirma el principio de que la jurisprudencia del T.S. es sólo aplicable al caso concreto (law of the case y no law of the land) por lo que, al contrario de lo que ocurre con una ley, no existe obligación de seguirla sino predicción de enjuiciamiento futuro en el mismo sentido. Sólo en las class actions (22) las sentencias tienen más de un destinatario y por eso precisamente se instituyeron tales acciones.

En último término el que los otros poderes constitucionales sigan las sentencias del T.S., incluidos los tribunales federales inferiores (23), depende de su propia voluntad o de quién posea la fuerza final de coacción (24).

Miller y Grant están, sin embargo, de acuerdo pese a su aparente contradicción: el poder de la sentencia de anulación es un poder que se basa en la hipotética anulación futura de la actividad en ella amparada, mientras el poder de la ley, se dice, obliga a todos los ciudadanos desde que es promulgada.

Quién incumple la sentencia no siendo parte en el proceso no incumple la ley, cosa que no ocurre respecto de un texto legal.

De todas formas la respuesta final de si existe real-

mente diferencia a nivel de vinculación general de todos los ciudadanos por parte de ambas es demasiado amplia como para ser tratada aquí. Depende de la vigencia efectiva o no de la ley-sentencia y ese tema es quizás sólo solucionable por la sociología del Derecho, vista la falta de consensus que la Teoría General del Derecho ha generado en cuanto al valor de la jurisprudencia como fuente.

El ejemplo de H. L. A. Hart, el profesor de Filosofía del Derecho de Oxford, relativo al juego con o sin árbitros (25) es el que mejor explica la distinción de Miller entre ley y sentencia.

Sin embargo, ocurre que el árbitro puede crear un nuevo juego (26), como el propio Miller reconoce que ocurre en Norteamérica al dictar el T.S. reglas con una pretensión de universalidad que se deduce de la propia gramática.

En este caso el problema reside en determinar hasta qué punto lo hace y ello no es discernible tanto por el estudio de los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad como por el examen de si realmente respetan los jueces las reglas o acuden a otras, lo que en realidad forma el capítulo IV de esta tesis.

En todo caso tampoco está claro en Estados Unidos el tema de si la modificación de la doctrina por el T.S. hace que las leyes, antes inconstitucionales y ahora no, tengan que volver a ser promulgadas para considerarlas vigentes. Tribe indica que Chicot County v. Baxter State Bank (27) - contiene la afirmación por el T.S. de que una ley no necesita ser re-promulgada si dicho tribunal deroga su propia doctrina. Sin embargo, el citado caso lisa y llanamente no dice eso, ni cosa que se le parezca.

De hecho el T.S. no ha afirmado nunca ese principio - aunque sí lo han hecho, como ya hemos visto (28) miembros del ejecutivo federal.

De todas formas conviene recordar que si se produjera algún supuesto absurdo de pretensión de aplicación de leyes antiguas, inconstitucionales durante largo tiempo (el T.S. no suele modificar rápidamente el precedente) el T.S. podría valerse de la doctrina de la inconstitucionalidad - de las leyes obsoletas (29) para decretar su invalidación.

Las afirmaciones constantes y reiteradas de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas acerca de la nulidad - (voidness) o anulabilidad (voidableness) de la ley inconstitucional no hacen referencia a este tema, sino al de los efectos de la sentencia no sobre la ley sino sobre los actos-hechos basados en esa ley. A la ley misma, como norma, le da igual: No será aplicada de ahora en adelante. Pero - para los hechos y actos jurídicos que se amparaban en ella la disyuntiva es otra. Y es precisamente esta disyuntiva - lo que los jueces o la doctrina discuten cuando hablan de nulidad (30) o anulabilidad (31) de las leyes. Este tema - será examinado posteriormente en estas páginas, al tratar del debate de la retroactividad-prospectividad (32). Es esta falta de distinción entre qué ocurre con la ley y qué - ocurre con los hechos-actos que se amparaban en esa ley lo que produce el "pastiche" y la poca claridad de ideas que en general acerca de este tema muestran tanto la doctrina como la jurisprudencia norteamericanas (33).

B.- INCONSTITUCIONALIDAD TOTAL O PARCIAL.

"Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos, así como,

en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley a los -- que deba extenderse por conexión o consecuencia". (Artículo 39, 1 LOTC).

"Los artículos y disposiciones de la Ley no enumerados en el párrafo anterior (artículos 1, 2, 3, 5, 9, disposición transitoria 1ª y disposición final 2ª de la Ley de Cataluña 6/1980, de 17 de Diciembre, por la que se regula la "transferencia urgente y plena de las Diputaciones Catalanas a la Generalidad") establecen previsiones y normas que tienen un carácter puramente instrumental y accesorio respecto de las contenidas en los que acabamos de citar. Anulados éstos en razón de su inconstitucionalidad, desaparece también, en la medida en que son puramente instrumentales, la eficacia de aquéllos, acerca de los cuales no cree necesario este Tribunal, sin embargo, hacer ningún pronunciamiento explícito" (STC de 28 de Julio de 1981. Recurso de inconstitucionalidad 40/1981).

La historia de las doctrinas jurisprudenciales relativas a los casos de inconstitucionalidad total o parcial está en Estados Unidos íntimamente ligada a la historia de las llamadas cláusulas de separabilidad (severability clauses)(34).

Nos llevaría demasiado tiempo revisar ahora esa historia (35). Podemos aceptar como doctrina pacífica: (A) - Que la cuestión nunca recibió un tratamiento de tipo remedial sino uno de interpretación de la ley (statutory interpretation), tanto de la ley como de la cláusula, interpretación que en último término determinó una construcción muy especial de la presunción de constitucionalidad (36); (B) Que ambos tipos de inconstitucionalidad parcial, "on its face" y "as applied", inconstitucionalidad del precepto o de su aplicación, estaban sometidas al mismo enfoque y por ello las cláusulas de separabilidad suelen recoger ambos tipos; (C) Que el hecho de que la ley fuera estatal o federal tenía una importancia realmente relevante porque el T.S. prefería deferir a los tribunales esta-

tales el juicio del ámbito de la validez total o parcial - de la ley estatal; (D) Que el criterio usado por el T.S. - consistía en que la inconstitucionalidad de parte de una - ley (su lenguaje o su aplicación) no afectaría al resto - (a) siempre que los preceptos o sus aplicaciones válidos - fueran capaces de surtir eficacia jurídica por sí solos, ó (b) siempre que se probara que la legislatura habría pre-- tendido que éstas permanecieran como válidas aunque se anu-- lasen otros preceptos o aplicaciones (37). Pero ambos cri-- terios no estaban en relación de jerarquía e, incluso aun-- que hubiera una cláusula de separabilidad, el T.S. decidía caso por caso ~~si~~ si invalidar todo o parte de la ley (38); y, (E) Que el juicio acerca del ámbito de la invalidación dependía de los puntos de vista que los magistrados concre-- tos tuvieran acerca de la sustancia de la ley invalidada - (39).

El Tribunal Burger, como sus predecesores, interpreta las cláusulas de separabilidad siguiendo la regla de Dor-- chy: las cláusulas suponen "una norma de interpretación -- que puede ayudar a veces a determinar la intención del le-- gislador. Pero se trata de una mera ayuda; no un mandato - inexorable (40)".

En Tilton v. Richardson (41) el Tribunal Burger, si-- guiendo líneas jurisprudenciales anteriores (42), dijo que "la ausencia de una cláusula expresa de separabilidad en - la ley no impone el rechazo de la totalidad de la misma".

La presencia de la cláusula tampoco ha sido considera-- da, pese a la doctrina que intentara establecer J. Suther-- land, como una presunción de constitucionalidad parcial.

Tomando como ejemplo los casos de la cláusula de acon-- fesionalidad de la primera enmienda, área en la que el T.S.

se ha visto constantemente envuelto por primera vez en su historia con el Tribunal Burger, podemos apreciar claramente este proceso interpretativo.

En la gran mayoría de los casos es sólo el elemento de la posibilidad de permanencia del precepto por sí solo de la regla de Dorchy lo que determina el resultado: algunas partes de un programa de subvenciones a instituciones religiosas son consideradas constitucionales y algunas — otras no, bien porque afectan a otro tipo de instituciones, bien porque se entiende que no van contra la cláusula de aconfesionalidad. Dado que estas últimas partes tienen eficacia jurídica por sí solas, son mantenidas (43).

Pero incluso en aquellos casos en que la parte no declarada inconstitucional de la ley podría permanecer y tener eficacia jurídica por sí sola el Tribunal Burger ha habido veces en que ha declarado todo el programa inconstitucional.

En Sloan v. Lemon (44) el T.S. anuló una ley basándose precisamente en la cláusula de aconfesionalidad. Pero — los padres que mandaban a sus hijos a escuelas privadas no religiosas (aproximadamente el 10% del total de las escuelas privadas de Pennsylvania) querían que el programa se les aplicara percibiendo, por tanto, las subvenciones estatales, ya que la aplicación de esa ley para las escuelas laicas era claramente constitucional. El programa contenía, además, una cláusula de separabilidad.

El hipotético argumento a favor de la nulidad total — fundamentado en la cláusula de equal protection (si las escuelas religiosas no las reciben, no pueden recibir ayuda las no religiosas) fue rechazado por el T.S. como "absolutamente espúreo (45)".

El único argumento que el T.S. tuvo en cuenta para decidir la nulidad total fue el de que si considerara esa -- parte constitucional estaría legislando, ya que la categoría "escuelas religiosas-laicas" no aparecía para nada en el programa (46).

Lo que el T.S. realmente quería decir, con el argumento de la dicotomía ya señalada, era que un programa pensado para todas las escuelas privadas no podría limitarse a su aplicación al 10% de dichas escuelas. El argumento es -- racional y lógico, pero carece totalmente de fundamento -- constitucional. El único motivo posible que existía para -- la total invalidación es el de que la legislatura estatal probablemente no habría promulgado el programa si hubiera sabido el resultado de su nulidad para el 90%, es decir, -- para las escuelas religiosas.

Pero, ¿pueden los tribunales llevar a cabo esa presunción de lo que habría hecho el legislador?. El que el Parlamento pueda siempre promulgar un programa con un ámbito de aplicación más reducido, en este caso al 10%, no es respuesta adecuada ya que siempre podría igualmente derogar -- el programa si el T.S. hubiera decidido dejar como válida su aplicación a los padres cuyos hijos asistían a escuelas privadas laicas.

El argumento cuantitativo (10% versus 100%) es un típico fundamento de oportunidad. Resulta obvio que si la -- ley se hubiera promulgado como ayuda sólo para ese 10% nunca habría sido invalidado como inconstitucional.

Y, sin embargo, tampoco puede decirse que el T.S. no hubiera pretendido ajustarse lo más posible a la finalidad de esa ley hipotetizando la posible voluntas legislatoris.

C.- INVALIDACION DE LEYES "ON THEIR FACE" O "AS APPLIED"
(ANULACION DE LEYES COMO INCONSTITUCIONALES EN SI MIS-
MAS O ANULACION DE SU APLICACION CONCRETA).

"Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero. Lo anterior no significa que el Tribunal tenga que renunciar a poder establecer lo que se ha llamado acertadamente una sentencia interpretativa, a través de la cual se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. Se observará que esta labor interpretativa tiene por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio, lo que podría entenderse como interpretación en un sentido más amplio, que sería la deducción o reconstrucción del mandato normativo, mediante la puesta en conexión de textos. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional". (STC de 8 de Abril de 1981. Recurso de inconstitucionalidad 192/1980).

Dados unos presupuestos de hecho, el T.S. puede elegir declarar una ley inconstitucional "on its face" ó solamente "as applied". Puede considerarse inconstitucional cualquier posible aplicación de la ley, implicando ello, que el texto mismo, y no su concreta interpretación, o aplicación, en un caso dado, es inconstitucional; ó, por el contrario, el texto puede permanecer intacto pero la concreta interpretación y/o aplicación ser declarada inconstitucional.

El que el T.S. se decida por uno u otro modelo depende del propio texto de la ley. De todas formas, el T.S. ha adoptado desde siempre la regla en favor de la invalidación de las leyes sólo normalmente "as applied". En pa-

labras de J. Jackson, "es la aplicación de la ley lo que - nosotros revisamos, no la cuestión abstracta y académica - que pueda plantearse en algún caso más dudoso (47)".

Esta regla, que procede de la versión "suave" de la - presunción de constitucionalidad (48) y del requisito de - que se trate de un auténtico caso o controversia del artículo III de la Constitución, admite excepciones (49) que - no sólo se derivan de la necesidad sino también de una --- elección judicial por una técnica concreta (50).

C:1.- La overbreath doctrine.

Aunque debemos reconocer que el T.S. ha decidido algunas veces invalidar leyes on their face fuera del ámbito de la primera enmienda (51), haciéndolo con una especial justificación de la excepcionalidad de la medida, ha sido la overbreath doctrine de las libertades de expresión, asociación y reunión, el área en la que el T.S. lo ha hecho constantemente y, además, con la - intención explícita de proteger/especialmente esos valores.

Si las decisiones del T.S. acerca de la nulidad - parcial o total puede decirse que en último término dependen de los distintos puntos de vista que acerca del motivo sustancial de inconstitucionalidad de los preceptos tengan dicho T.S., esta última motivación, cuando se aplica a la primera enmienda, aparece con toda - claridad: se trata de una técnica usada por el T.S. para prevenir un efecto disuasorio de la expresión o asociación constitucionalmente protegida, efecto disuasorio que produce o puede producir la promulgación de -- overbroad statutes (52 y 53).

¿Cuál es la jurisprudencia reciente en este área?.

El Tribunal Burger ha recortado, pero no eliminado, esta doctrina. Lo que estudiaremos a continuación es si en este proceso de recorte ha habido alguna conciencia o idea de que la overbreath doctrine, tal y como fue desarrollada hasta los últimos años del Tribunal Warren, cuando alcanzó la doctrina su punto álgido, daba lugar de alguna forma a algún tipo de legislación judicial.

Los principales casos, dejando de lado el ataque explícito a dicha doctrina por J. Black en Younger v. Harris (54), son Coates v. Cincinnati (55), Gooding v. Wilson (56), Broadrick v. Oklahoma (57), Parker v. Levy (58), Erznoznik v. Jacksonville (59), Bates v. Sate -- Bar of Arizona (60) y Schaumburg v. Citizens for a -- Better Environment (61).

A primera vista la doctrina era "especialmente -- atractiva para algunos magistrados porque daba la apariencia de dejar abiertas alternativas a las legislaturas. Al indicar el T.S. que puede haber tipificaciones más concretas a las que puedan acogerse las legislaturas, crea la apariencia de intervenir en decisiones legislativas más marginalmente que lo que lo haría si -- utilizara directamente el balancing (62)... Ellas (las decisiones de overbreath doctrine) pretenden ocuparse con los medios para alcanzar fines legítimos, no con -- decisiones realmente quasi-legislativas (63)". Pero, -- por otra parte, J. Black opinaba que el anular on -- their face a las leyes por motivos de inconstitucionalidad en cierto modo "no casa con la función de los -- tribunales federales" de resolver casos y controversias concretos (64).

Así pues, se planteen estos casos la misma situación que en los casos que enjuiciaban la validez de -- las cláusulas de separabilidad: el T.S. puede ser acusado de legislación en ambos lados de la alternativa. Si el T.S. decide limitar la aplicación de una ley recurriendo al balancing, método de interpretación más -- usual cuando se trata de la primera enmienda, puede -- ser acusado de estar haciendo una nueva ley al contrapesar intereses, función típicamente legislativa y, -- por otro lado, si decide invalidar la ley on its face, también puede afirmarse que el T.S. no está teniendo -- en cuenta el requisito de que se trate de un caso o -- controversia, sino que está haciendo juicios abstractos de constitucionalidad.

¿Tuvo el Tribunal Burger en cuenta de alguna forma estas ideas acerca del principio de separación de -- poderes o del principio federal que subyacen, ambos, -- en ambas posturas, especialmente la de J. Black, al recortar el alcance de la overbreath doctrine?

En ninguno de estos casos afloraron las dudas de J. Black explícitamente. Los votos particulares en Coates v. Cincinnati (65), Gooding v. Wilson (66), la trilogía del año 1972 (67), Erznoznik v. Jacksonville -- (68), y Schaumpurg v. Citizens for a Better Environment (69), así como las opiniones mayoritarias en Broadrick v. Oklahoma (70), Arnett v. Kennedy (71) y Bates v. State Bar of Arizona (72) se basan absolutamente todas ellas, en motivos sustantivos: la extensión de los poderes de policía estatales (73) para regular "palabras provocadoras (74)", el reparto de propaganda a domicilio (75), el orden público en los cines para automóviles (76), los anuncios comerciales (77) y la con--

ducta como algo diferente de la pura expresión (78), todas ellas actividades cuya restricción no genera la invalidez de la ley on its face según la jurisprudencia reciente del Tribunal Burger.

Solamente en Coates v. Cincinnati (79) enfocaron el tema los votos particulares desde el requisito del caso o controversia y no se basaron para ello tanto en una acusación de legislación como en la carencia de datos en los autos acerca de las actividades de Coates -- (80).

Aun así, C. J. Burger cita el requisito del caso o controversia que sirviera de base a la doctrina de Younger v. Harris (81) en su primera afirmación acerca de la limitación de la doctrina en Gooding v. Wilson -- (82). Merece la pena, pues, tenerse en cuenta. El límite a la doctrina obedece de alguna forma no sólo a consideraciones de derecho sustantivo (la extensión de los poderes de policía de los Estados para regular esas facetas de la libertad de expresión) sino también a criterios institucionales acerca de la función que los tribunales deban llevar a cabo en los juicios de constitucionalidad.

El énfasis de J. White en Broadrick v. Oklahoma -- (83) en el carácter excepcional ("strong medicine") de la doctrina que protege especialmente la primera enmienda, aunque expresamente basado en valores sustantivos -- (conducta versus pura expresión) así como en la legitimación, puede ser interpretada también como una manifestación de anti-legislación abocando por una jurisprudencia limitada al caso concreto: "nuestros tribunales constitucionales no son comités que tengan asignada co-

mo función prevalente la de enjuiciar necesariamente la validez de las leyes de la Nación".

Este aspecto institucional del recorte de la doctrina por el Tribunal Burger no debe nunca olvidarse.

C:2.- La "void for vagueness doctrine".

Aunque la anulación de leyes por aplicación de la overbreath doctrine sea el supuesto más llamativo de -- anulación de leyes on their face, no es el único.

De hecho, el T.S. se limitó a expandir estas anulaciones al campo de la primera enmienda pues ya existían en otros supuestos, singularmente en el caso de las leyes juzgadas inconstitucionales por vagas (vagueness doctrine), doctrina que viene aplicándose desde principios de siglo aunque cada vez sean menos los supuestos que llegan al T.S.

Conceptualmente overbreath y vagueness son distinguibles, aunque normalmente ambas acusaciones se solapan de forma que es muy difícil encontrar un overbroad statute que no sea a la vez "vago".

"Una ley es nula on its face cuando es tan vaga -- que personas 'con inteligencia común deben necesariamente hacer adivinanzas para entender su significado y difieren en sus juicios acerca de las posibles aplicaciones de esa ley' (84)", es decir, "cuando la legislatura tipifica conductas sancionables de una forma tan indefinida que la línea entre la conducta permitida y la prohibida deviene una tarea de adivino (85)".

La inconstitucionalidad de las leyes "vagas" se canaliza a través de la cláusula de due process: toda persona debe ser informada con un mínimo de precisión acerca de las conductas prohibidas. Es, pues, en cierto modo el equivalente del principio de tipicidad continental aunque no esté limitado al campo penal o administrativo-sancionatorio (86), sino que se extiende a toda norma restrictiva de derechos (87).

Tiene, pues, un doble fundamento sustantivo: existen esferas de libertad individual que podrían verse coaccionadas por la existencia de la ley vaga, a la vez que se estima como valor en sí mismo la certeza de la ley.

Junto a esta motivación sustantiva existe otra de carácter estructural que entronca el tema con la teoría de la delegación. Como el mejor tratadista de esta doctrina pusiera de relieve (88), lo que la doctrina prohibe es que se delegue en autoridades inferiores la determinación del contenido de la ley; los jurados, administradores, fiscales, o jueces locales ... etc., etc., - no pueden tener un ámbito de discrecionalidad tan extenso (89).

La overbreath doctrine supondría una específica~~ción~~ ción por cuanto extiende los efectos de la doctrina de la "vaguedad" a la protección de los derechos de la primera enmienda y permite, a la vez, una legitimación en la impugnación de la ley por terceros a los que claramente no se ha aplicado inconstitucionalmente dicha ley (90).

En todo caso ambas doctrinas producen la invalidez de la ley con independencia de que quepan aplicaciones

constitucionales de la misma (91).

D.- EXTENSION VERSUS INVALIDACION.

"En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, ha decidido: 1) Declarar la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente nulidad, del artículo 28, número 2, última parte, del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de Abril, relativo a la jubilación por incapacidad permanente, que dice así: 'sin que tampoco el que hubiere sido jubilado por esta causa pueda mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación'". (STC de 10 de Noviembre de 1981. Cuestión de constitucionalidad - 48/1981).

D:1.- El camino hacia Welsh.

Una ley inconstitucional presenta no sólo los problemas de si (a) es borrada o no de los códigos o (b) será invalidada total o parcialmente, (c) on its face ó as applied. Puede presentar también la cuestión de si va a ser o no invalidada.

Existen situaciones en las que, debido a la dinámica del precepto constitucional implicado, los juicios de inconstitucionalidad pueden implicar una solución alternativa: la invalidación o la extensión de la ley.

Este tipo de alternativa, ya antigua, ha aflorado sólo recientemente en las sentencias del T.S. y, lo que es más importante, se ha visto recientemente involucrada en el debate acerca de la ratificación o no de una enmienda constitucional propuesta por el Congreso (92).

El fenómeno es fácilmente explicable ^{ya que} es la cláusula de equal protection la que con más frecuencia plantea la alternativa y sólo plantea problemas reales con las leyes que establecen las prestaciones típicas del Estado de Bienestar, leyes que afectan a la localización de gran cantidad de recursos económicos (93).

Paradójicamente el T.S. no estudió por primera vez esta cuestión en un caso del principio de igualdad sino en uno de la primera enmienda. Welsh v. United States - (94) presentaba a examen por el T.S. una ley en la cual los objetores de conciencia que se opusieran a la guerra "basados en creencias religiosas" podrían pedir la exención del servicio militar.

El enfoque tradicional del tema de la extensión antes de Welsh había sido uno de interpretación de la ley. Cuando una ley era parcialmente inconstitucional, el T. S. simplemente interpretaba el lenguaje de dicha ley como incluyendo la clase de personas o situaciones inconstitucionalmente excluidas. Así, "creencias religiosas" eran interpretadas como incluyendo creencias éticas aunque fueran ateas.

Toda declaración de inconstitucionalidad de una ley as applied últimamente consistía en "añadir lenguaje" en el texto de la ley porque cuando una aplicación específica de esa ley aparece prohibida por inconstitucional la ley debe ser leída como excluyendo esa posible interpretación. La decisión judicial completa las palabras de la ley. Cuando el T.S. rehusa "añadir lenguaje" es cuando invalida la ley on its face (95).

Pero cuando la pretensión que se pide por las par-

tes consiste precisamente en que se añada lenguaje debido a que la ley discriminadora incluye a menos de los que debiera incluir (underinclusiveness), entonces es cuando el problema se plantea en toda su extensión ya que lo atacado no es una aplicación inconstitucional de la ley sino una supuestamente inconstitucional denegación o no-aplicación de dicha ley.

Sólo las cláusulas cuya aplicación se resuelve últimamente en evitar una discriminación (la cláusula de comercio, las cláusulas de privilegios e inmunidades y la cláusula de igualdad), pueden plantear el tema su dimensión total.

Existe, sin embargo, otra cláusula que, aunque originalmente pensada para configurar un ámbito positivo de libertad (no para evitar discriminaciones) ha adquirido en tiempos recientes un contenido negativo de carácter antidiscriminatorio: se trata de la cláusula de libertad religiosa. Al fin y al cabo en toda Constitución reciente o en todo Tratado Internacional de Derechos Humanos la cláusula usual que regula el principio de igualdad incluye una serie de motivos ilegales (sexo, condición social, raza ...) entre los cuales se suele añadir el de la no discriminación por motivos ideológicos o religiosos.

No es pues de extrañar que Welsh fuera el primer caso en el cual salió a la luz el debate entre la extensión y la invalidación.

Volveremos más tarde a Welsh, pero antes merece la pena estudiar qué ocurría con todos los casos de aplicación del principio de igualdad antes de que se

empezara a plantear el tema.

El estudio más agudo que existe acerca de las --- aplicaciones del principio de igualdad, el de Tussman y TenBroek (96) ya se ocupó de él: "Los tribunales tienen sólo el poder de destruir, no de reconstruir (97)". Si los tribunales vuelven a escribir la ley, extendiéndola, están realmente realizando una tarea legislativa, aunque podrían eludir este problema institucional teniendo en cuenta en sus decisiones la intención, constatable, de la legislatura (98)".

Los casos que aplicaron el principio de igualdad antes de 1937 simplemente habían procedido a incluir -- los miembros de la categoría excluida dentro del esquema de la ley (99). Pero ya en el primer caso de la -- "New Equal Protection (100)" el T.S. tuvo que enfren--tarse a él.

Es muy corriente admitir hoy en día que Skinner -- v. Oklahoma (101) es un caso de substantive due process, es decir, de reconocimiento de derechos sustantivos, -- disfrazado en un traje de equal protection. Esta es -- probablemente la razón por la cual, para evitar la ca--tegorización de la doctrina que se fijaba en el caso -- como substantive due process, doctrina totalmente re--chazada tanto por el propio T.S. como por todo el pue--blo norteamericano en aquellos años, J. Douglas propu--so un remedy alternativo perfectamente de acuerdo con la dinámica operativa del principio de igualdad (cláu--sula que por el contrario comenzaba entonces a poten--ciarse): "Mr. J. Douglas... se dió cuenta de que exis--tían dos variantes posibles como las de extender la -- aplicación de la ley hasta cubrir al grupo excluido o

la de no aplicar tampoco la ley al grupo que no razonablemente había sido incluido. El T.S. declinó el determinar por cuál de las posibles variantes debería decidirse el Estado y simplemente revocó la sentencia del tribunal estatal (102)". En último término el Tribunal Supremo de Oklahoma sostuvo que la ley no podía ser extendida: "No podemos ... usar la cláusula de separabilidad ... para invadir la esfera legislativa de forma que hagamos así coincidir la norma con los requisitos de la cláusula de igualdad (103)".

Merece, pues, la pena acentuar que (A) el T.S. remitió la decisión de la cuestión a los tribunales estatales (porque indudablemente, y correctamente, pensaba que se trataba de una cuestión de interpretación de la ley estatal y que por tanto él no tenía potestad para extender la aplicación de la ley), y que (B) el T.S. nunca pensó que se tratara de una cuestión de carácter remedial sino que lo configuró como una cuestión sustantiva de interpretación de la ley estatal. Por ello, el Tribunal Supremo de Oklahoma le dio el mismo enfoque que si se tratara de una cuestión de inconstitucionalidad parcial o total (104). El carácter remedial, y no sustantivo, del tema fue una innovación de J. Harlan en Welsh, como tendremos ocasión de ver.

El segundo caso que citaría como precedente J. Harlan en Welsh es Iowa-Des Moines National Bank v. Bennett (105). En este caso lo que estaba en juego no eran las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una ley sino las consecuencias de una administración inconstitucional de dicha ley (106). El remedy no implicaba en ningún caso la posibilidad de que la ley tuviera que ser cambiada. Aquí la noción de

que se trataba de un remedy tenía plena razón de ser. De todas formas, aunque no entrara en conflicto la búsqueda del remedy concreto con el principio de separación de poderes (extensión o invalidación), sí podía producir conflictos con el principio federal porque la decisión concreta del remedy podía haber sido perfectamente remitida a su decisión al nivel estatal.

Con estos precedentes llegamos a Welsh v. United States (107). El voto particular concurrente de J. Harlan afirmaba que la intención del Congreso era claramente la de no otorgar la exención del servicio militar a aquellos que se oponen a la guerra por motivos no religiosos. Así, la ley era inconstitucional aunque no estuviera constitucionalizado todavía el derecho fundamental a la objeción de conciencia. Este no reconocimiento del rango constitucional de dicho derecho (era un derecho meramente legal y para motivos no religiosos) fue precisamente lo que planteaba el problema, ya que el T.S., que en esta época quería huir de la constitucionalización de derechos sustantivos, sin embargo, se vió obligado a utilizar el principio de igualdad dando un contenido negativo (antidiscriminatorio) a través de dicha cláusula a un derecho que podía haber sido perfectamente reconocido sólo sobre la base de la existencia de la cláusula de libertad ideológica implícita en la de libertad de expresión de la primera enmienda.

Esta reconducción del tema al principio de igualdad planteó precisamente el de si la solución era extender la objeción de conciencia a todos los que se opusieran a la guerra por motivos fueran ideológicos o religiosos ó, por el contrario, igualar a todos los ciudadanos no reconociendo la posible exención del ser

vicio militar en ningún caso.

Para J. Harlan esta segunda cuestión era de carácter sustantivo y no de carácter remedial. "Cuando una ley es defectuosa debido a la no-inclusión, existen -- dos alternativas distintas: el tribunal puede ó bien -- declarar su nulidad y ordenar que sus beneficios no se extiendan a la categoría que los legisladores intentaban beneficiar, ó bien puede extender la cobertura de la ley hasta incluir a todos los agraviados por la exclusión (108)".

La ley que había sido atacada en Welsh tenía también una cláusula de separabilidad (109). J. Harlan siguió la célebre regla de Dorchy (110) considerando a la cláusula como no decisiva en el tema. Pero entonces dio un salto en su argumentación: "Al ejercer la enorme discrecionalidad conferida por la cláusula de separabilidad es, desde luego, necesario medir la intensidad con que el Congreso ha pretendido legalizar la objeción de conciencia (the intensity of commitment to the residual policy of consciencions objection) así como tomar en consideración el grado de disfunción potencial del esquema legal que ocurriría si se optara por la extensión en vez de por la derogación (111)".

J. Harlan intentó, pues, redefinir la finalidad global de la ley. Pero, rompiendo con los esquemas tradicionales, no pensó que se tratara de una cuestión de simple interpretación de dicha finalidad buscando la voluntas legislatoris sino que trató el problema intentando objetivar, conforme a valores constitucionales, cuál debería haber sido dicha finalidad global de la ley: "La policy de exención de los objetores de con--

ciencia por motivos religiosos tiene una larga tradición en este país y supone el reconocimiento de la importancia, en una sociedad pluralista y abierta, del valor de la reconciliación, cuando sea posible, entre la individualidad de la creencia y las exigencias — prácticas del recto gobierno (112)".

De esta forma concluí que " cuando una policy — tiene raíces tan hondas en la historia, existe una razón realmente importante para que un tribunal se — arriesgue a reconstruir una ley siempre que ésta re— construcción pueda hacerse dentro del marco de dicha ley y sin que ésto se oponga a otras metas del legis— lativo, aunque ello pueda implicar no simplemente la eliminación del artículo defectuoso sino la recons— trucción a partir de sus cimientos. Así pues, estoy — preparado para aceptar la generalización de los posi— bles motivos de objeción de conciencia pero no como — un reflejo de cuál sea la finalidad del Congreso a — través de esta ley, sino como una pura creación judi— cial del derecho que permite el proceso de interpreta— ción constitucional (113)".

J. Harlan fue el único magistrado que abiertamen— te admitió que la extensión versus la invalidación no era una cuestión de interpretación legal, sino un te— ma ligado a los problemas que plantea la interpreta— ción constitucional en general, problemas en los cua— les las fuentes últimas del derecho a las que el T.S. recurre son las mismas que cuando se adjudican otros problemas sustantivos (historia y tradición son las — fuentes en este caso). De todas formas todo ello for— ma parte precisamente del capítulo IV de esta tesis.

Es la finalidad general y objetiva de la ley lo -- que debe tomarse en cuenta, pero en el sentido de que el T.S. no tiene que examinar las palabras siquiera -- de la ley que se declara inconstitucional ni tampoco -- la voluntad específica de la legislatura acerca de qué partes de esa ley puedan ser mantenidas o no, extendidas o no, sino en el sentido de que el T.S. tiene que examinar los valores generales que han sido plasmados en esa ley y compararlos con los reconocidos por el -- texto de la Constitución o con las fuentes generales -- del Derecho Constitucional si el precepto concreto es -- una cláusula abierta como ocurre con la cláusula de -- aconfesionalidad de la primera enmienda.

Este es precisamente el valor del enfoque de J. -- Harlan: proporciona a la vez a los tribunales una discrecionalidad mucho mayor (valores constitucionales en general) pero a la vez mucho más restringida (límites generales a las posibilidades de fuentes utilizables -- en la interpretación constitucional).

Su voto particular concurrente alcanza mucho más sentido si se compara con los votos particulares disidentes y con el voto mayoritario. La mayoría (114) había procedido simplemente a "añadir lenguaje" como si se tratara de una cuestión de simple interpretación de la ley. Los disidentes (115) "se mostraban de acuerdo con J. Harlan en que el Congreso había excluido explícitamente al objetor 'no religioso', pero a partir de entonces tomaron otro camino ... pensando ... que el -- T.S. no tiene potestades para re-escribir una ley; a -- su juicio, si la limitación de la ley a los objetores de conciencia por motivos religiosos contradecía la -- cláusula de aconfesionalidad, la exención del servicio

militar debería ser anulada para todos (116)".

D:2.- Desde Welsh hasta Westcott: adjudicación sub-
silencio.

Como ponen de relieve los dos principales, y úni-
cos, artículos que se han ocupado recientemente del -
tema (117), después de Welsh el T.S. siguió un proce-
so irregular ^{en el} extendiendo normalmente la ley, pero reen-
viando a veces la cuestión a los tribunales estatales,
otras veces a las legislaturas estatales o simplemen-
te creando, otras veces, a favor del Congreso una zo-
na deferencial de toma de decisión en la localización
de beneficios del Estado de Bienestar (118).

Los artículos citados han intentado racionalizar
los criterios usados por el T.S.: federalismo, quién
debe soportar la carga de la extensión, hasta qué can-
tidad, supone o no la extensión de las prestaciones -
una especie de indemnización por el pasado discrimina-
torio, juega para algo la naturaleza de privilegio o
de carga de la desigualdad configurada por la ley ...
etc. Todos éstos son criterios que parecen jugar, se-
gún dichos artículos, como los factores de la varia-
ble que el T.S. suele tener en cuenta.

Volveremos a ellos posteriormente. Lo que ahora,
sin embargo, nos interesa es el hecho de que el T.S.
simplemente no motivaba sus decisiones: no discutía -
en absoluto los posibles argumentos ni siquiera en --
los casos en que los tribunales inferiores habían dis-
cutido el tema explícitamente en el texto de la deci-
sión apelada u objeto de certiorari (119).

D:3.- Westcott: El T.S. habla.

Por fin, en Califano v. Westcott (120), entró el T.S. en el fondo del tema.

La sección 407 de la Ley de la Seguridad Social, que regula el programa de ayuda a familias con hijos - económicamente dependientes con padre desempleado ---- (Aid to Families with Dependent Children, Unemployed -- Father (AFDC-UF) Program), otorgaba beneficios para -- las familias cuyos hijos de ellas dependientes se ha-- bían visto privados de soporte familiar debido al de-- sempleo del padre, pero no establecía dichos benefi--- cios en el caso de que la desempleara fuera la madre.

El T.S. sentenció unánimamente que la ley no po-- día sobrevivir el test intermedio de la cláusula de -- igualdad (equal protection intermediate scrutiny)(121).

Pero, sin embargo, se dividió 5-4 acerca del tema de la extensión o la invalidación (122).

La opinión mayoritaria, que favorecía la exten--- sión, tenía dos partes. En la primera de ellas (A) ad-- mitía que la alternativa no tenía carácter sustantivo sino carácter remedial; así pues, entendía que "la -- elección puede soportarse simplemente sobre la base de la equidad (123)"; pero (B) usó una serie de argumen-- tos en los que basar esa equidad: el evitar las difi-- cultades a los beneficiarios (los hijos) a quienes el Congreso realmente había intentado proteger; la cláusu la de separabilidad de la Ley de Seguridad Social; el principio contradictorio, ya que ninguna de las partes pedía la supresión del programa; y, sobre todo, el pre

cedente de los casos adjudicados sub silentio. En todo caso la mayoría dejó muy claro que no estaba "elaborando aquí las condiciones que deberían determinar la invalidación en vez de la extensión de leyes federales que otorgaran beneficios sociales y que fueran underinclusive (124)".

Es la segunda parte de la opinión mayoritaria, - sin embargo, la que para nosotros tiene más interés: el director del Ministerio de Public Welfare del Estado de Massachusetts había manifestado que prefería un tipo concreto de extensión. Se mostraba de acuerdo en que tanto el padre como la madre deberían ser, en plano de igualdad, capaces de calificar a la familia como indigente a efectos de la obtención de beneficios, pero propuso el que los beneficios se otorgaran "solamente si el padre en cuestión, fuera el marido o la mujer, puede demostrar que él o ella es, a la vez de - desempleado, el principal sostenedor de la familia --- (principal wage-earner) (125)". Su argumento se basaba en que la voluntad de el Congreso había sido la de ayudar a familias que hubieran devenido indigentes -- por el desempleo del principal sostenedor de la familia. El T.S. rechazó este argumento porque (A) podía dejar a familias, que actualmente estaban recibiendo - ayuda, sin ella; (B) la propuesta del director "se -- acerca mucho a pedirnos que ejercitemos prerrogativas legislativas"; (C) el sistema de hacer a ambos padres beneficiarios no es ajeno a la ley, mientras que el - concepto de "soporte económico de la familia" sí lo es (126); y (D) los Estados podrían siempre abandonar la puesta en práctica de este programa si no estuvieran satisfechos con la sentencia.

En todo caso, el T.S. se declaró así mismo "mal - equipado a la vez para estimar los costos relativos de los distintos sistemas de cobertura y para calcular el efecto que niveles diferentes de gasto tendrían en el alivio del sufrimiento humano (127)".

Frente a estas alegaciones, los magistrados que formularon el voto particular disidente en parte respondieron con el mismo tipo de enfoque pero con un resultado totalmente distinto.

También admitieron, como hiciera J. Harlan, que el enfoque consistía "en que al elegir entre estas alternativas, un tribunal debería intentar acomodar lo máximo posible las policies y juicios de valor expresados en el conjunto del esquema legal". Es decir, los valores que la ley en su conjunto intenta plasmar. Pero no se mostraban en absoluto de acuerdo con la apreciación de la voluntad del Congreso que había hecho la mayoría: "el T.S. no debería usar sus poderes remediales para tergiversar la voluntas legislatoris (128)". Citando también otros precedentes (129), los disidentes proclamaron que "el dejar la solución del tema al Congreso es especialmente deseable en casos como éste, cuando la alocación y distribución de beneficios sociales es una función típicamente del poder legislativo - (130)". Finalmente, el voto particular afirmaba que -- "el hecho de que ninguna de las partes haya pedido --- aquí la invalidación ... es irrelevante. Este tema debe decidirse buscando la auténtica voluntad del Congreso, no el interés de las partes (131)".

¿Cómo partiendo la mayoría y los disidentes del mismo enfoque pueden ambos llegar a resultados tan dis

tintos?.

En primer lugar, está claro que ambos trataron - de tomar en consideración la voluntad del Congreso. - Pero se puede fácilmente argüir contra la mayoría que, como dice la minoría, el Congreso quiso otorgar prestaciones teniendo como unidad básica la familia; y, - contra esta posición, no sólo la cláusula de separabilidad, sino el hecho de que no podía presumirse que el Congreso habría preferido paralizar el otorgamiento - de las prestaciones quedando los beneficiarios total- mente descubiertos.

En segundo lugar, ambas opiniones rechazan abiertamente que el T.S. pueda tener en cuenta factores de oportunidad (el costo presupuestario del aumento del programa). Atribuyen este método al órgano legislati- vo (132).

En tercer lugar, el precedente no goza realmente de valor ya que había precedentes en ambos lados en - las adjudicaciones sub silentio de la jurisprudencia anterior.

En cuarto lugar, ambas opiniones pretendían ave- riguar la finalidad del esquema legislativo global pero diferían, sin embargo, totalmente en el valor que debería darse respectivamente al interés público y al interés de las partes.

¿Cuál es entonces la auténtica motivación de los votos?.

Antes de que contestemos a esta pregunta tenemos

que traer a colación otras decisiones recientes del -- T.S. Dejando aparte el recorte de las líneas de jurisprudencia del Tribunal Warren que intentaban constitucionalizar las desigualdades por razón económica o que intentaban constitucionalizar derechos prestacionales, recorte llevado a cabo por el Tribunal Burger (133), - en donde formalmente no había inconstitucionalidad sus tantiva (precisamente estos casos lo que impidieron -- fue que se constitucionalizaran como sustantivos estos derechos), el T.S. ha examinado recientemente el tema de la extensión en los casos que pretendían que el --- aborto fuese incluido en las prestaciones sociales sanitarias (134).

Como en Westcott, existía un interés con relevancia constitucional: la interrupción del embarazo en és tos, la discriminación por razón de sexo en aquellos. Pero en McRae el T.S. rechazó el argumento de la exten sión: "traducir la limitación del ejercicio del poder público que está implícita en la cláusula de due pro-- cess en una obligación positiva del Estado de subven-- cionar supondría que el Congreso estaría constitucio-- nalmente obligado a pagar los costos sanitarios de un aborto de una mujer pobre incluso si dicho Congreso no hubiera promulgado un programa de Seguridad Social pa-- ra subvencionar las prestaciones de servicios sanita-- rios. Nada en la cláusula de due process soporta este resultado tan extraordinario".

Este ^{arrio} racional aplicado a Westcott implicaría que el programa AFDC-UF era inconstitucional porque, si no, el Congreso tendría que haber pagado a aquellas fami-- lias en que la desempleada fuera la madre incluso si - el programa no hubiera existido, lo cual es totalmente

falso.

¿Cuál es entonces la diferencia real que existe entre Westcott y McRae ?.

Metodológicamente, lo que ha ocurrido es que --- McRae ha convertido la cuestión de la extensión de la ley en una sustantiva, para usarla después contra el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad - en sí mismo, lo cual constituye un modo muy peculiar de razonar.

Las cuestiones sustantivas tanto en Westcott como en McRae eran respectivamente si una ley que deniega beneficios a las mujeres debería ser considerada inconstitucional (Westcott) y si una denegación de beneficios constituye una carga demasiado pesada en un derecho fundamental o si el Congreso puede elegir entre primar a un valor no constitucional sobre uno constitucional (Mahe-McRae). Estos juicios sustantivos deberían haber sido hechos con total independencia de sus efectos formales que constituyen un juicio posterior. Una vez que la ley es hipotéticamente declarada inconstitucional entonces es cuando debe plantearse la siguiente pregunta: ¿la inconstitucionalidad motiva la invalidación o la extensión de la ley?.

Sólo en los casos en los que la extensión de una prestación o servicio público es precisamente lo que se pide que se reconozca como derecho constitucional (135) debería el tema aparecer como parte del juicio de constitucionalidad-inconstitucionalidad en sí mismo, y no como una segunda parte derivado del juicio sustantivo anterior de inconstitucionalidad.

¿Por qué se operó entonces esa "conversión" del tema en un tema sustantivo en McRae cuando hasta Westcott estaba claro que era una segunda parte de naturaleza o carácter remedial?.

Con independencia del hecho de que sólo un magistrado hizo cambiar el equilibrio (136), ¿podríamos argumentar que la única diferencia entre Westcott y Ma-her-McRae reside en el tipo de valor (policy) plasmado en cada uno de las leyes?, ¿puede estar la diferencia en el hecho de que mientras una mayoría de magistrados favorece la igualdad por razón de sexo, no es en cambio tan favorable, hoy en día, a la línea jurisprudencial que escandalosamente inaugurara Roe v. Wade (137)?.

Con independencia de que esto sea verdad, lo que admito que realmente es, existe además otro motivo -- que indudablemente motivó al T.S.

Mientras en Westcott (138) el Congreso no había hablado en absoluto acerca del tema de la extensión, sí lo había hecho en McRae (139). Lo que este diálogo T.S.-Congreso revela es que el T.S. consideró un factor importante que en McRae la extensión era ya automáticamente un remedy casi imposible, porque habría implicado el oponerse claramente a la voluntad del legislativo. La manifestación expresa del Congreso juga aquí como una expresión del consensus social que -- el T.S. siempre tiene en cuenta a la hora de proceder a constitucionalizar intereses o derechos.

Sólo hay una explicación, pues, posible a la contradicción entre Westcott y Ma-her-McRae y esa es la --

de que es el reconocimiento que el T.S. da a los valores que las leyes en su conjunto realzan lo que de termina en último término la alternativa extenxión - versus invalidación. Esta jerarquización de valores sustantivos es la misma que el T.S. utiliza siempre que sale a relucir la finalidad de la ley. Es la que resuelve el tema de la nulidad parcial o total, el - de la invalidación de la ley on its face ó as applied, Y será el que resuelva, como veremos a continuación, el de la retroactividad-prospectividad de la deci-
sión judicial.

También es la única explicación coherente de la aplicación de la técnica de la "razonabilidad" de la discriminación a efectos del principio de igualdad - como también veremos en su momento.

Pero vayamos poco a poco.

E.- LA EFICACIA SOBRE LOS HECHOS Y ACTOS CUYA LEGALIDAD SE BASABA EN LA LEY AHORA DECLARADA INCONSTITUCIONAL: LA RETROACTIVIDAD O PROSPECTIVIDAD DEL CAMBIO DE DICTRINA JURISPRUDENCIAL.

"Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley, no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o - contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad - de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena ó de la sanción ó una exclusión, exención ó limitación de la responsabilidad". (Artículo 40,1 LOTC).

"Pues bien, es claro que la Constitución tiene la

significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que en esta materia ha de tener efecto retroactivo, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad y al amparo de Leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución". (Sentencia de 31 de Marzo de 1981. Recurso de amparo número 107/1980).

"Es claro que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución desde el momento de su entrada en vigor, y para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia". (Sentencia de 1 de Junio de 1981. Cuestión de inconstitucionalidad número 231/1980).

El tratamiento moderno del llamado "debate de la prospectividad" es parcial ya que se limita a enfocar el tema desde los criterios utilizados por los Tribunales Warren y Burger para llevar a la aplicación retroactiva o prospectiva de parte de su jurisprudencia: sus decisiones relativas a los requisitos constitucionales del proceso penal. Así pues, su perspectiva es demasiado estrecha.

El moderno estudio de la historia en general de la eficacia de las sentencias intenta dibujar una situación del siglo XIX que, como mínimo, no arroja ninguna luz sobre el tema.

Evidentemente fue J. Holmes quien afirmó: "No creo que este T.S. tenga autoridad para afirmar en general que sus decisiones sólo hacen ley para el futuro. Las decisiones judiciales han sido retroactivas desde hace aproximadamente mil años (140)". Pero esta afirmación simplemente

no es verdad si se toma en su sentido absoluto. Todo el moderno estudio del debate ha partido de la idea de que esta afirmación es verdad y, por lo tanto, no ha comprendido realmente la dinámica que subyace al tema de la --- prospectividad (141).

No es simplemente verdad que las decisiones constitucionales hubieran tenido eficacia retroactiva al menos durante mil años. La "teoría ocular", incluso en el punto álgido de aplicación, tenía sus límites. Podemos incluso atrevernos a afirmar que la regla en realidad era la contraria: las decisiones de inconstitucionalidad --- eran aplicadas normalmente con carácter sólo prospectivo; el principio de seguridad jurídica y el de cosa juzgada imponían su fuerza.

Cuando una cuestión había sido sometida a juicio no apelado o no decidida de acuerdo con la doctrina constitucional de aquél momento, la decisión impediría obviamente el que se volviera a enjuiciar esa cuestión pese - al cambio de doctrina del T.S.

"Los tribunales estatales ... sostuvieron que una - decisión acerca de una cuestión federal vincula a las --- partes cuando la sentencia no ha sido apelada, incluso - aunque una decisión del T.S. de los Estados Unidos en -- otro caso posterior fijara la cuestión de una manera diferente (142)". Esta regla se aplicó, por ejemplo, a todos los juicios y a todos los pronunciamientos a que había dado lugar Hepburn v. Griswold (143).

Este límite también ha sido reconocido por el T.S. en tiempos más recientes: como C.J. Hughes afirmó en ---

Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank: --

"Los tribunales inferiores habían procedido sobre la teoría de que una Ley del Congreso, habiendo sido declarada inconstitucional, no es ley; que esa ley es inoperativa, no otorgando derecho alguno ni imponiendo ningún deber... están bastante claro, sin embargo, que tales amplias afirmaciones acerca del efecto de una sentencia de inconstitucionalidad pueden aceptarse sólo con reservas. La existencia real de una ley, con anterioridad a dicha decisión, es un hecho operativo y puede tener consecuencias que no pueden ser ignoradas. El pasado no puede ser simplemente borrado por decisiones judiciales... Es manifiesto a partir de numerosas decisiones que no puede justificarse la afirmación omnicompreensiva del principio de retroactividad absoluta (14^b)". Chicot County sostuvo que una decisión no apelada aplicando una ley federal era cosa juzgada pese al fallo del T.S. en otro caso posterior de que dicha ley era inconstitucional.

Queda, sin embargo, un problema: ¿qué ocurre con las relaciones jurídicas que no habían sido llevadas a los tribunales?. La teoría de la cosa juzgada explica la situación de las relaciones que en último término acabaron en una sentencia pero no las restantes.

Imaginémonos que en 1982 el T.S. anula un artículo de la Ley de Seguridad Social por discriminar en materia de filiación inconstitucionalmente. Ese artículo hipotético ha estado, a lo mejor, denegando prestaciones durante 40 años (pensemos en la promulgación de la Ley de la Seguridad Social en los Estados Unidos). ¿Puede un miembro de la clase que había sido inconstitucionalmente excluida pedir una pensión desde el año 1937, cuando no la pidió -- (hasta 1982) pensando que el artículo de dicha ley era --

perfectamente constitucional, conforme a la propia doctrina del T.S.?. ¿No se aplican automáticamente las limitaciones sustantivas o procesales de la accionabilidad?. La retroactividad judicial siempre ha estado limitada por -- normas sustantivas, como las que regulan la prescripción, ó por normas procesales, como los plazos.

En todo caso, si hemos acentuado que la regla era la contraria (prospectividad) sólo lo hacíamos por interés -- dialéctico. La verdad es pura y simplemente que no había regla ninguna. El tema era en parte uno de remedies. ¿Qué sentido tiene afirmar que una decisión es retroactiva si, por ejemplo, no se puede pedir indemnización de daños y -- perjuicios?. ¿Qué sentido tiene declarar un contrato nulo, porque nula era la ley en la cual se basaba, cuando la -- otra parte contratante no puede pedir la devolución de lo que había pagado?.

Sólo con muchas confusiones y dudas, y sólo por una parte insignificante de la doctrina, se ha puesto de relieve esta vinculación entre el debate de la prospectividad-retroactividad y el uso de remedies constitucionales (145).

En realidad la respuesta a lo que J. Holmes (145) y J. Cardozo (147) consideraban un absoluto, había sido dada desde largo tiempo antes por el Derecho Norteamericano y el T.S. ha seguido dando estos tipos de respuesta, aunque algunas veces con el enfoque absolutista y otras con el enfoque remedial.

Como un ejemplo, típicamente prospectivo, a partir -- del enfoque remedial, en el siglo XIX pueden citarse los casos en los que el T.S. denegó la posibilidad de reco---

brar impuestos declarados inconstitucionales (147) ^{bis} ó multas (148) no pagadas bajo protesta. También pueden perfectamente ponerse ejemplos de retroactividades, enfocadas desde el punto de vista absoluto, como el principio general del Derecho Penal, o Procesal-penal, de que "la libertad personal es un derecho demasiadopreciado para ser derrotado por las tecnicidades de la cosa juzgada y el habeas corpus cuando dicho derecho se ha visto infringido por una ley nula (149)".

Fue precisamente esta regla absoluta de la retroactividad en los casos penales lo que motivó el debate de 1965; debate que ha extendido su "absolutismo" a áreas que se encontraban fuera del de el proceso penal, expansión que se debe en su integridad a la obra del Tribunal Burger.

Hasta entonces sólo "magistrados individuales" habían, de vez en cuando, avanzado la sugerencia de que algunos fallos nuevos muy concretos del T.S. deberían recibir un efecto meramente prospectivo (ó un efecto retroactivo limitado) (150)". Sin embargo, en 1965 el T.S. estudió la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes penales, o procesales-penales, y de aplicar la decisión sólo prospectivamente. Desde Linkletter v. Walker (151), e incluso desde antes, desde Mapp v. Ohio (152), cuya regla (la extensión de la exclusionary rule (153) a los Estados) era aquella cuya retroactividad o prospectividad se discutía en Linkletter, la literatura acerca del tema ha sido realmente extensa (154). También desde Linkletter el T.S. se ha auténticamente "peleado" para elaborar una jurisprudencia coherente en al menos 36 casos (155), casos en los que han aparecido muchísimos temas diferentes que van desde la instrumentación técnica del habeas corpus fe

deral (156) hasta las nociones Blackstonianas de la función judicial (157).

Un intento de describir cronológicamente toda esta línea de decisiones nos llevaría realmente demasiado lejos (158) y no es en realidad la finalidad de esta tesis.

Si consideramos, en cambio, de interés el resumir - todos estos temas generales que a lo largo de tan extenso debate se han planteado: (a) Si la retroactividad está íntimamente ligada o no a la "teoría oracular" acerca de la función judicial (159); (b) Si la solución del problema reside o no en el texto de la Constitución (160); (c) Si el T.S. debe resolver el tema apelando a la oportunidad ó a principios jurídicos (161); (d) En el caso de admitirse lo primero, cuál de ambos tipos de criterios debiera prevalecer (162); (e) Si el federalismo como principio es suficientemente importante para justificar el reenvío o, al menos, el retraso en el anuncio por el propio T.S. de la sentencia relativa a la efectividad de la nueva regla anunciada en otro caso anterior, retraso hasta que los tribunales inferiores, y especialmente los estatales, hayan tenido una previa oportunidad de pronunciarse específicamente sobre este tema (163); (f) Si el requisito de que se trate de un caso o controversia del artículo III de la Constitución hace imposible la existencia de decisiones judiciales puramente prospectivas - (164); (g) Si el momento para trazar la línea depende de la estructuración de técnicas procesales, ó, por el contrario, del momento en que se comete la violación constitucional (165); (h) Si el enfoque debe ser similar en todos los tipos de adjudicación: ordinaria y constitucional, y dentro de éstas constitucional-civil, penal u otras (166); (i) Si la naturaleza sustantiva o procesal

de la nueva regla anunciada por el T.S. cambiando su doctrina es un factor relevante o no a tenerse en cuenta -- (167); (j) Si los cambios en la división de la jurisdicción de los tribunales debido a la interpretación constitucional (168), o los llamados double-jeopardy cases --- (169), tienen una naturaleza sustantiva o procedimental; (k) Si el carácter realmente innovador de la nueva sentencia respecto de la anterior y, por ello, la confianza en la antigua regla que tenían las autoridades estatales o personas privadas (170), es el factor más importante ó no (171); y (l) Si el problema tiene una naturaleza remedial o sustantiva (172).

Probablemente no he mencionado todos los temas que salieron a relucir en el debate de la prospectividad, pero, al menos, creo que he mencionado los suficientes como para comprender perfectamente por qué en todos estos casos la división de opiniones entre los magistrados ha sido total; división en la cual el cambio de un Presidente del T.S. no ha tenido en absoluto ningún tipo de consecuencias (173).

Las ideas que acerca del tema tienen los magistrados del T.S. eran y son fijas, precisamente porque se -- dan cuenta de que se mueven en un terreno inseguro pero de todas formas fundamental para la concepción particular que de la función judicial tenga cada uno de ellos. No creo que sea fácil encontrar cualquier otro tipo de debate constitucional actual en el que las individualidades del T.S. se reflejen tan claramente en las sentencias.

En todo caso, lo que a nosotros nos pueda interesar más, es que todos estos factores han hecho que cambien --

de coordinadas todo el debate entre los magistrados y la doctrina constitucionalista norteamericana. En su origen la postura de la retroactividad estaba vinculada a la concepción típicamente "oracular" judicial: el T.S. no crea Derecho, dice lo que el Derecho es y era, de ahí la postura de J. Black (174). A la vez J. Clark y el resto de los que apoyaron su sentencia en Linkletter eran conscientes de que la prospectividad aportaba decididamente una nueva visión de la jurisprudencia como fuente del Derecho a la vez que, por ello, aceptaban criterios de oportunidad (número de presos que podían verse libres al no poderse repetir los procesos por falta de pruebas) (175).

Este enfoque originario era el que favorecía el "escándalo" que la doctrina de la prospectividad provocó.

Sin embargo, en primer lugar, lo único que se había operado era una minusvaloración del valor libertad personal que fundamentara el origen de la regla de la retroactividad en materia penal o procesal-penal (176), y, en segundo lugar, esos factores de oportunidad que recogiera - Linkletter son todos reconducibles a principios jurídicos (el de seguridad jurídica o el de la seguridad ciudadana típicamente por ejemplo en el caso citado). En tercer lugar, la multiplicación de esos factores han hecho aparecer un sistema muy complejo de valores e intereses, todos ellos constitucionalmente relevantes, cuya adjudicación - se resuelve últimamente en un contrapeso y jerarquización de los mismos conforme a uno de los métodos de interpretación constitucional que hoy se mueve dentro de la ortodoxia interpretativa, el llamado balancing of interests --- (177) que tendremos ocasión de ver más adelante.

En realidad, cuando se resalta el carácter remedial

del tema (178) lo que ocurre es que se intentan acentuar dos temas distintos: la mayor libertad en el uso de ese método que en su uso en otros campos constitucionales, motivada precisamente por la complejidad de todos los factores, y el presunto rango de estas sentencias que algunos han defendido como constitutional common law (179).

Ahora bien, ello no impide que el método sea estrictamente ortodoxo.

Así, Tribe, por ejemplo, ha puesto de relieve que, - en cuanto a este segundo aspecto, "a pesar del énfasis retórico del T.S. en el carácter remedial ... el propio T. S. ha intentado tomar en consideración el estatus 'constitucional' de esta jurisprudencia" a la vez que, por lo -- que al primero se refiere, esta jurisprudencia "refleja - no tanto un contrapeso de factores de oportunidad ... como un reconocimiento de una jerarquía de valores e intereses constitucionales pese a que esa jerarquía sea, y lo - es, discutida y discutible (180)".

III: 3.- EL PROBLEMA COMUN: LA UNICA GUIA APARENTE ES EL -
ARTICULO III.

El único artículo que contiene la Constitución Norteamericana, o incluso las leyes procesales o judiciales, que haga referencia al tema de los efectos formales es el requisito de que exista un caso o controversia del artículo III.

Así, se ha alegado como límite a la teoría de la prospectividad (181) a la invalidación de leyes on their face (182) y, aunque no tan explícitamente, las mutuas acusaciones de que están legislando que en los casos de inconstitucionalidad parcial (183) o en los de extensión versus invalidación (184) se cruzan las mayorías y minorías del T.S. tienen, indudablemente, este motivo básico.

Cualquiera que sea la concepción particular de la función judicial que uno pueda tener, la realidad es que existen precedentes suficientes para permitir la afirmación de que la Constitución o las leyes no hablan acerca de este tema, ó, al menos, no se enfrentan a él directamente. El requisito de que se trate de un caso y controversia sólo puede funcionar como principio sustantivo, pero no como mandato formal. Puede ser un principio que pueda ayudar a resolver el problema, pero no da ninguna solución clara a ninguno de ellos.

Cuando hablo de que puede ser la única guía como principio quiero decir que puede funcionar como un reflejo de otros principios constitucionales, el de separación de poderes, el federal o, incluso, el de la existencia de una función institucionalmente judicial.

Así pues, vuelven a surgir los tres principios que - el T.S. utilizara como guía en los temas de la justicia - como administración (185) o como algo distinto de la función política (186), principios que sirven de único apoyo para la determinación de los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad.

En este caso, además, el último de los principios, - es decir, el de la existencia de una función institucio--nalmente judicial, no pretende distinguir la función judi--cial por contraposición a la administrativa, sino por con--traposición, claramente, a la legislativa: eficacia ergaomnes de las declaraciones de inconstitucionalidad, inva--lidación de leyes en sí mismas y con independencia de su aplicación al caso concreto, la extensión de beneficios o la nulidad total de leyes parte de las cuales podrían sub--sistir, se parecen, todas ellas, más a las nociones con--vencionales de legisla--ción que a las de adjudicación.

Ahora bien, ello no es así. Y no lo es porque la le--gisla--ción como algo distinto de la adjudicación no se ca--racteriza por ninguna de estas notas.

La invalidación de las leyes, incluso con pretensio--nes de generalidad, no plantea sino el eterno problema de la jurisprudencia como fuente del Derecho, por lo que nos estamos moviendo dentro de los cánones de la ortodoxia ju--rídica en lo que a la eficacia de las sentencias se refie--re.

Tampoco puede pretenderse que una mayor libertad en la solución de los temas de la nulidad total o parcial o de la extensión o invalidación configure al T.S. como un órgano legislativo.

Efectivamente, si nos fijamos en la jurisprudencia - de ambos campos, lo que el T.S. pretende es averiguar la voluntas legislatoris a toda ultranza. La nulidad será to tal o parcial según se acerque más o menos a la hipotética voluntad del que hizo la ley. La ley discriminadora se rá extendida a la categoría excluida o será anulada para todos, según el Congreso o los Parlamentos estatales pudiera pensarse que pretendieron una u otra.

Ninguna sentencia del T.S. pretende hacer tabla rasa de este canon tradicional de la interpretación de las normas. Presuponer, por ejemplo, que la nulidad parcial respeta más la voluntad del legislador (como hace nuestra -- LOTC) es una simple presunción que puede o no concordar -- con la realidad. Lo que sí es verdad es que la mayor tradición continental del canon de interpretación de la ley conforme a la voluntas o ratio legis, por encima de la voluntas o ratio legislatoris, hace a los legisladores y -- constituyentes continentales tratar de limitar las posibilidades de los tribunales constitucionales que, en su búsqueda de esa voluntas legislatoris, pueden abusar más de la discrecionalidad.

Pero en último término, ambos sistemas son iguales -- porque la presunta primacia del canon subjetivo (versus -- objetivo-continental) en el T.S., es falsa y lo es porque el T.S. "objetiva" a su vez la finalidad de la ley (187). Dados los problemas que supone la búsqueda de la voluntad de los cuerpos representativos, el T.S. presupone finalidades de las normas conforme a valores constitucionales -- sustantivos.

El voto concurrente de J. Harlan en Welsh (188) tuvo la virtud, a mi juicio, de racionalizar perfectamente lo

que el T.S. estaba haciendo. La moderna versión de la extensión de leyes sociales equivale según Michelman a la quasi-constitucionalización de los welfare rights (189).

La nulidad parcial o total va a ser decidida, en último término, por esa misma técnica. Ello ya se puso de relieve con la anulación de las leyes del New Deal (190) y el tema no ha dejado de enfocarse desde este punto de vista (191).

Vimos muy claramente como una multiplicidad de factores reconducibles a principios jurídico-constitucionales era lo que producía una jurisprudencia de intereses en consonancia con métodos hoy clásicos u ortodoxos de la interpretación judicial de la Constitución (192).

Queda, sin embargo, el problema de la anulación on their face de las leyes que se oponen a las libertades de la primera enmienda (193). Efectivamente, dentro de una función judicial ortodoxamente concebida sólo cabe doctrina judicial y por tanto es impensable a priori la anulación de leyes porque darían lugar a la inconstitucionalidad en casos hipotéticos aunque en el caso concreto enjuiciado su aplicación es claramente constitucional.

Esto sólo ocurre en los overbroad statutes ya que — cuando la anulación de la ley on its face lo es por "vaga" es el principio de tipicidad (valor sustantivo) o la estructura de poder (valor adjetivo) lo que justifica su inconstitucionalidad y cualquier persona a la que se aplique la ley tiene un interés suficiente en esos valores a efectos de la impugnación.

En la overbreath doctrine el fundamento hay que buscarlo de nuevo también en los valores sustantivos. Se tra

ta de una doctrina que es hereditaria de la preferred -- position que tienen las libertades de la primera enmienda.

Enfocado el tema desde el punto de vista de los --- efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad parece una contradicción con la eficacia tradicional de la jurisprudencia. Pero si se enfoca desde el punto - de vista de los valores sustantivos, no entra en contradicción con los métodos tradicionales de interpretación - constitucional por los jueces. La primera enmienda goza en Estados Unidos de un carácter parecido al de "orden - público constitucional" que configuran nuestros derechos fundamentales y libertades públicas (194). Este valor es especial será o no criticable, pero en todo caso lo será - desde la óptica de la crítica que se formule a la jurisprudencia de intereses en sentido amplio como método de interpretación constitucional (195), no desde la de los efectos formales.

Este breve repaso de la auténtica dinámica que opera tras los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad nos ha servido, pues, para poner de manifiesto que pretender definir la naturaleza de la justicia constitucional a partir de ellos es una forma de esconder el auténtico problema subyacente.

Este no es otro que el de los métodos de interpretación constitucional en sí mismos, a cuyo estudio está dedicado el capítulo IV de esta tesis doctoral.

No puede afirmarse concluyentemente que cualquiera - de las soluciones concretas que se adopten acerca de los efectos formales de las sentencias sean más o menos "legislativas" que el uso de las respectivas soluciones al-

ternativas (invalidación-aplicación; prospectividad-re--troactividad; anulación as applied-on its face; exten---sión-invalidación; nulidad parcial-total).

Sólo el estudio de los métodos de interpretación -- constitucional, el de las fuentes de donde extraen los -- jueces subnormas constitucionales, que equivalen a la -- Constitución misma, puede resolver directamente el tema de cuál sea la naturaleza de la justicia constitucional.

Normalmente, en Europa y en España en concreto, tam--bién sucede así; el legislador ha limitado más los posi--bles pronunciamientos de los tribunales constitucionales acerca de los efectos formales. Una visión extremadamen--te rígida podría llevar a la conclusión de que lo han he--cho por entender que no se corresponden las alternativas que prohíben con las nociones tradicionales de qué sea -- administrar justicia y y cuál sea el papel de los jueces. No discuto que así sea. Pero también puede entenderse -- que, al darse cuenta de que el ejercicio de la función -- de la jurisprudencia constitucional plantea inexorable--mente estas alternativas, los legisladores prefieren -- "darle solucionado" el tema a los tribunales. Este segun--do punto de vista implicaría que los legisladores son -- conscientes de que no contradice directamente la noción de administración de justicia cualquiera de esas alterna--tivas.

En Europa existe una tradición mucho mayor de regu--lación legal de aspectos procesales. La legitimación, la acción, la pretensión ... etc., no son creación jurisprudencial, sino criaturas de la ley. Lo mismo ocurre con -- la eficacia de las sentencias. En esto sí difiere el or--denamiento jurídico norteamericano; ahora bien, esta di--ferencia tiene su razón de ser en el respectivo "peso so

cial" de los distintos poderes constitucionales, no en la naturaleza de la función judicial en sí misma.

NOTAS AL CAPITULO III

- (1) Utilizo los términos hechos y actos en el sentido jurídico tradicional español.
- (2) TRIIBE, pgs. 23-27.
- (3) GUNTHER, pgs. 34-35.
- (4) Grant, The Legal Effect of a Ruling that a Statute is Unconstitutional, 1978 Det Coll L Rev 201.
- (5) Véanse las citas en notas supra 2-4. Quizás los autores que más ampliamente y sistemáticamente han tratado el tema son Cappelletti & Cohen, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW. CASES AND MATERIALS (1978). Ellos hablan de "los efectos del control de constitucionalidad". En España, hablando del TS Norteamericano, emplea la expresión "efectos de la declaración de inconstitucionalidad" GARCIA PELAYO, DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (Ed. Revista de Occidente, 8ª ed. 1967), pg. 432.
- (6) Es curioso comprobar como la tradición europea, cuando habla de "legislación" por los tribunales constitucionales, incluyendo Kelsen (y tal vez por eso), se fija sólo en este aspecto de los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad y no en el mucho más interesante que configura el capítulo IV de esta tesis.
- (7) 118 US 425 (1886).
- (8) "Una ley inconstitucional no es Derecho; no otorga dere-

chos; no impone deberes; no protege nada; es tan onoperativa como si nunca hubiera sido promulgada". Norton v. Shelby County, 118 US 425, 442 (1886). Véase también en este sentido la opinión del constitucionalista que más influencia ejerció, incluso en el TS, en el siglo XIX, COOLEY, A TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS WHICH REST UPON THE LEGISLATIVE POWER OF THE STATES OF THE AMERICAN UNION (8^a ed. 1911), pgs. 259-60.

- (9) El mundo judicial norteamericano se mueve en torno a dos teorías constantes acerca de la naturaleza de la función judicial: la teoría "oracular" y la "creativa". La primera supone que el juez descubre el Derecho. No añade nada al texto en el que aquel estuviera plasmado. Es la versión Blackstoniana de la tarea judicial, que quebró en los Estados Unidos, como corriente única, en el primer tercio del siglo XX ante los ataques de la sociological jurisprudence, J. Cardozo y el realismo jurídico. La segunda propone que la primera es pura falacia ya que los casos de aplicación estricta de la norma extrajudicial son mínimos siendo el supuesto normal la creación del Derecho, no sólo para el caso concreto, por los jueces. Sobre ambas concepciones y su respectiva aceptación a lo largo de la Historia del Derecho Norteamericana, véase WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (Oxford University Press, 1976) pg. 2 (aunque toda esta preciosa obra está orientada desde este punto de vista). En el fondo el siglo XIX planteó este mismo problema en Inglaterra con la oposición de Bentham al jurista más prestigioso del siglo XVIII, William Murray, posteriormente Lord Mansfield.

- (10) 4 SE 635 (W Va 1887).

- (11) FIELD, THE EFFECT OF AN UNCONSTITUTIONAL STATUTE (1935),

en pg. 7, n., cita tres casos del TS como sosteniendo esta posición: Dahnke-Walker Milling Co. v. Bondurant, 257 US 282 (1921); Yazoo & MRV Co. v. Jackson Vinegar Co., 226 US 217 (1912) y Jeffrey v. Blagg, 235 US 571 (1914). Estos casos, sin embargo, no hablan para nada de este tema sino que sólo estaban intentando aclarar la diferencia entre la invalidación de leyes on their face o as applied, tema que tendremos ocasión de estudiar un poco más adelante.

- (12) Véase 39 Bps. Atty. Gen. 22 (1937), comentando la derogación de la doctrina del TS de Adkins v. Children's Hospital, 261 US 525 (1923), por el propio TS en West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 US 379 (1937) y donde afirmaba que la ley anulada por el primer caso estaba automáticamente en vigor.
- (13) Loving v. Virginia, 388 US 1 (1967).
- (14) El caso era United States v. Brittain, 319 F Supp 1058 (N D Ala. 1970). La historia la he tomado de Rendleman, Prospective Remedies in Constitutional Adjudication, 78 W Va L Rev 155, 156, 166 n. 63 (1976).
- (15) 394 US 375 (1953).
- (16) GROSSMAN & WELLS, CONSTITUTIONAL LAW AND JUDICIAL POLICY MAKING (Wiley & Sons ed., 2^a ed. 1980), pg. 54.
- (17) FIELD, Op. cit. supra nota 11, pg. 10.
- (18) Grant, Op cit supra nota 4, pg. 217.
- (19) Puede verse una lista de las leyes federales declaradas

inconstitucionales por el TS desde 1803 hasta 1977, en total 104, lista que contiene la cita literal del precepto anulado y de la enmienda o artículo de la Constitución que la motivó, en THE SUPREME COURT. JUSTICE AND THE LAW (Congressional Quarterly, Sept. 1977, 2ª ed.), pgs. 168 à 173.

- (20) De todas formas la publicación de las sentencias va precedida de un pequeño resumen que consta de dos partes: Syllabus y Held, que se corresponden con la materia tratada y resumen de la declaración del TS, equivalente ésta última al fallo pero con los fundamentos muy resumidos incluidos. En todo caso, se trata de un resumen oficioso de los recopiladores (aunque oficiales) que no tiene valor alguno.
- (21) GUNTHER por ejemplo afirma, en pg. 34, que "por ejemplo, alguna eficacia práctica de las sentencias de los tribunales federales y del TS más allá de las partes está asegurada por la ordinaria adherencia judicial al principio de stare decisis".
- (22) Véase supra capítulo II, pg. 88
- (23) Miller hace referencia aun celeberrimo trabajo de Murphy, Lower Courts Checks on Supreme Court Power, 53 Am Pol Sci Rev 1017 (1959) que describe las formas de evasión de mandatos del TS por los tribunales inferiores.
- (24) Miller, & Schefflin, The Power of the Supreme Court in the Age of the Positive State: A Preliminary Excursus, 1967 Duke L J 273, 289 y ss..
- (25) EL CONCEPTO DE DERECHO (Ed. Nacional de México, 1980),

pg. 181. La idea de Hart es que cuando en un juego se acepta al árbitro no es para que éste fije las reglas sino para que las haga respetar. Las reglas existen con independencia de que haya o no árbitro.

- (26) Véase infra Capítulo IV, pgs 525 y ss.
- (27) 308 US 371, 374 (1940). TRIBE, pg. 25.
- (28) Véase supra nota 12.
- (29) Véase BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs & Merrill ed. 1962), pgs 154-56.
- (30) Véase texto que acompaña a las notas 6-9.
- (31) Véase Chicot County v. Baxter State Bank, 308 US 371, 374 (1940). Esta teoría de la anulabilidad era muy popular en la época de auge de la teoría "oracular". Fue una sentencia de C.J. Lemuel Shaw, uno de los más famosos jueces norteamericanos aunque no llegó al TS, la del caso Wellington v. Petitioners, 16 Pick 87, 96 (Mass 1834) la que estableció por primera vez la teoría de la anulabilidad.
- (32) Véase infra pgs. 219 y ss.
- (33) Véase por ejemplo el claro lío que se arman FIELD, Op. cit. supra nota 11; o TRIBE, pgs. 23-25.
- (34) La típica cláusula de separabilidad es la siguiente: "si cualquier precepto de esta Ley, o de su aplicación a cualquier persona o circunstancia, es declarada inválida, el resto de la Ley, o la aplicación de esos preceptos a otras personas o circunstancias, no se verá afectada por esa de-

claración". Estas cláusulas comenzaron a aparecer en la segunda década de este siglo siendo los Ohio Tax Cases, 232 US 576 (1914), la primera decisión del TS estudiando su eficacia.

(35) Para un análisis francamente bueno de esa historia hasta 1937 véase Note, Separability and Separability Clauses in the Supreme Court, 51 Harv L Rev 76 (1937).

(36) Véase Williams v. Standard Oil Co., 278 US 235 (1929).

J. Sutherland articuló cuidadosamente la presunción de forma que "en la ausencia de tal declaración legislativa (la cláusula de separabilidad), se presume que la intención de la legislatura es la de que la ley sea efectiva como una integridad (...). El efecto de la declaración legal es el de ^eclarar, en lugar de la presunción descrita, justamente la contraria, la de la validez de partes de la ley por sí mismas". Id., pgs. 241-42.

(37) Véase Dorchy v. Kansas, 264 US 286, 289-90 (1924). El segundo factor allí enumerado puede interpretarse también en un sentido contrario a la teoría de la presunción formulada por J. Sutherland: no se daría a la cláusula esa fuerza de presunción ya que, dado que la legislatura no podía saber de antemano qué partes de la ley serían decla-

radas inconstitucionales, su intención no podría ser constatada sólo por la cláusula. La regla fijada en Dorchy sería pues la de que la cláusula es importante pero no esencial para determinar la nulidad parcial de la ley. Por otra parte, se trata de una de esas normas judiciales que pese a ser obiter dictum acaba configurándose como auténtica doctrina jurisprudencial, ya que en último término el TS acabó reenviando la determinación de la extensión de la nulidad al Tribunal Supremo de Kansas.

- (38) Véase Note, cit. supra nota 35.
- (39) Id., pgs. 110-114.
- (40) Dorchy v. Kansas, 264 US 286, 290 (1924).
- (41) 403 US 672, 684 (1971).
- (42) El Tribunal Burger se ha limitado a seguir la doctrina anterior. Véase por ejemplo United States v. Jackson, 390 US 570, 585 n. 27 (1968), donde el Tribunal Warren separó del Federal Kidnapping Statute un precepto permitiendo la imposición de la pena de muerte sólo en caso de juicios por jurados: "En último término, la determinación de la nulidad parcial o total rara vez depende de la presencia o ausencia de ... la cláusula de separabilidad".
- (43) Véase, por ejemplo, Meek v. Pittinger, 421 US 349 (1975), invalidando la inmensa mayoría de un programa de Pennsylvania en una decisión en que curiosamente los jueces se dividieron 3-3-3 respecto de las partes que abarcaba la nulidad.

(44) 413 US 825 (1973).

(45) Id., pg. 834.

(46) Id., pg. 833-35.

(47) Voto particular de J. Jackson en Saia v. New York, 334 US 558 (1948).

(48) No la versión de la presunción de constitucionalidad que se relaciona con la concepción del judicial review como un método de averiguación de hechos sociales; véase Note, The Presumption of Constitutionality, 31 Col L Rev 1136 (1931), sino en la versión consistente en el entendimiento general de que el TS debe ser por norma deferencial con las decisiones de los órganos representativos ya que son el órgano democrático por excelencia. Para esta distinción de ambos tipos de presunciones véase BREST, pg. 1008. Véase infra pg. 711.

(49) Véase, por ejemplo, TRIBE, pg. 711: "Desde luego, prácticamente toda ley (...) es potencialmente aplicable para coartar el ejercicio de derechos constitucionales; se piensa que ese peligro ordinariamente no es suficiente para invalidar la ley como tal, sino simplemente para invalidar su aplicación en contra de las actividades constitucionalmente protegidas". Véase, en el mismo sentido, GUNTHER, pg. 1186.

(50) Uno de los supuestos más claros de invalidación de las leyes con independencia de su aplicación, aparte de la overbreath y void for vagueness, que vamos a estudiar a continuación, es el derivado del reparto de competencias cons-

titucionales. Como J. Brandeis vió muy claramente, cuando la validez de una ley está en juego porque el órgano que la promulgó era incompetente, lo cual es aplicable tanto a problemas de federalismo como a los de la teoría de la delegación de poderes entre órganos federales, la ley debe invalidarse totalmente. Por el contrario, cuando no existe tal problema porque el órgano prima facie es competente (aunque naturalmente haya sobrepasado su competencia material pues, sino, la ley sería constitucional) sólo puede ser normalmente invalidada as applied. La cuestión tenía gran trascendencia antes de la supresión del writ of error porque daba lugar a recursos distintos (error-certiorari) para poder llegar al TS. Véase el voto particular de J. Brandeis en Dahnke-Walker Co. v. Bondurant, 257 US 282, 294 (1921).

- (51) Aparte de los derivados de la void for vagueness doctrine y del reparto competencial, pueden verse United States v. Reese, 92 US 214, 221 (1875), (donde el TS se negó a introducir palabras limitadoras del tipo penal porque ello suponía "sustituir el poder judicial por el legislativo... Limitar esta ley... supondría hacer una nueva ley, no hacer cumplir la anterior. Nuestra tarea no es esa". Se trata en realidad de un antecedente muy claro de la void for vagueness doctrine como se verá posteriormente), Scales v. United States, 367 US 203, 211 (1961) y sobre todo Marchetti v. United States, 390 US 39 (1968) (donde el TS anuló totalmente las leyes federales que establecían el impuesto sobre juegos de apuestas que obligaba a los sujetos pasivos a inscribirse en un registro especial sobre la base de que, al estar casi todas estas apuestas penalizadas, podía constituir un supuesto de obligación a los delincuentes a renunciar al privilegio de autoacusación de la quinta enmienda. El TS se negó a salvar la ley limi-

tándola, como proponía el Gobierno, a restringir el uso de esos datos por los fiscales).

- (52) Acerca del aspecto de lucha contra los efectos disuasorios de la overbreath doctrine véase especialmente TRIBE, pgs. 710-12. No entraremos en el tema colateral a la doctrina de si el chilling effect es suficiente a efectos de legitimación, aunque este aspecto debe tenerse siempre in mente al hablar de esta doctrina. Sobre este "efecto" véase ~~infra pgs. 718 y ss.~~ Para el que quiera estudiarlo detenidamente véase Note, The Chilling Effect in Constitutional Law, 69 Col L Rev 808 (1969). Por overbroad statutes se entienden aquellas normas, normalmente sancionadoras en un sentido amplio, cuyo lenguaje permite que se incriminen conductas protegidas normalmente por la primera enmienda. El ejemplo típico son las "alteraciones de orden público" o la pertenencia a asociaciones o participación en reuniones de actividades anti-americanas (en realidad debiera ser a-americanas, un-american) que dieron pie a la jurisprudencia que enjuició los procesos derivados de la "caza de brujas".
- (53) El efecto disuasorio del ejercicio de derechos constitucionales en que se basa el TS para anular leyes on their face ha sido citado como un ejemplo típico de empirical jurisprudence (véase ~~infra~~ pgs. 708 y ss.) ya que, en cierto modo, por técnicos de las ciencias del comportamiento se alega que es perfectamente constatable si ese efecto se produce o no. Véase, por ejemplo, Auerbach, Issues of Legal Policy in Social Science Perspective, 2 L & Soc Rev 499 (1968), criticando la asunción de que el efecto se producía hecha por el TS en Keyishian v. Board of Regents, 385 US 589 (1967) para anular una ley de Nueva York que llevaba quince años en vigor.

- (54) 401 US 37 (1971).
- (55) 402 US 611 (1971).
- (56) 405 US 518 (1972).
- (57) 413 US 601 (1973).
- (58) 417 US 733 (1974).
- (59) 422 US 205 (1975).
- (60) 433 US 350 (1977).
- (61) 444 US — (1980).
- (62) El balancing es el método de interpretación constitucional que consiste en el contrapeso de intereses. Se aplica como método casi único para determinar qué límites a la libertad de expresión pueden considerarse constitucionales. Véase infra pp 582 y ss.
- (63) GUNTHER, pg. 1188.
- (64) Younger v. Harris, 401 US 37, 52 (1971).
- (65) 402 US 611 (1971).
- (66) 405 US 518 (1972).
- (67) Rosenfeld v. New York, Lewis v. New Orleans y Brown v. Oklahoma, en 408 US 901, 913 y 914 respectivamente, los tres sumariísimamente despachados. Lewis II, 415 US 130 (1974) produjo al volver al TS tras el pronunciamiento del tribunal estatal al que el TS había reenviado el caso para mejor estudio la invalidación de la ley en aplicación de la overbreath doctrine.

(68) 422 US 205 (1975).

(69) 444 US — (1980).

(70) 413 US 601 (1973).

(71) 416 US 134 (1974).

(72) 433 US 350 (1977).

(73) El State police power es la potestad genérica de regulación pública de alguna materia. Fue y es el título habilitante por excelencia de lo que en España sería el intervencionismo administrativo. En Estados Unidos hace referencia al intervencionismo público, venga del poder (legislativo-ejecutivo-judicial) que venga.

(74) Véase Gooding v. Wilson supra nota 66.

(75) Véase Schaumburg v. Citizens for a Better Enviroment, supra nota 69.

(76) Véase Ernoznick v. Jacksonville, supra nota 68.

(77) Véase Bates v. State Bar of Arizona, supra nota 72.

(78) Véase Broadrick v. Oklahoma, supra nota 70.

(79) 402 US 611 (1971).

(80) Efectivamente, en Coates el Tribunal Burger declaró inconstitucional on its face una ordenanza de Cincinnati que prohibía a tres o más personas reunirse en las aceras y comportarse allí de forma que pudieran molestar a otros

peatones. La ordenanza fue anulada a la vez por vaga. Respecto a la anulación por overbroad la justificación de la sentencia reside en que el derecho de reunión no puede ser restringido simplemente porque su ejercicio pueda molestar a alguien. El único dato que los autos demostraban era que Coates era un estudiante que se estaba manifestando. Los cuatro magistrados disidentes acentuaron que la carencia real de datos en los autos no aconsejaba anular la ordenanza on its face.

(81) 401 US 37 (1971).

(82) 405 US 518 (1972).

(83) 413 US 601 (1973).

(84) TRIBE, pg. 718, citando Conally v. General Construction Co., 268 US 385, 391 (1926).

(85) Id..

(86) Véase art. 25,1 de la Constitución Española.

(87) De todas formas el TS sólo lo aplica en normas de carácter sancionador.

(88) Amsterdam, The Void for Vagueness Doctrine in the Supreme Court, 109 U Pa L Rev 67 (1960). Se trata de una Note firmada.

(89) Véase infra *pg. 550 y ss.*

(90) Véase, en general, Note, Standing to Assert Constitutional Ius Tertii, 88 Harv L Rev 423 (1974).

- (91) Sobre la void-for-vagueness doctrine véase, en general, appte de la obra citada en la nota 88, BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH, (Bobbs-Merrill ed. 1962), pgs. 152 y ss.. Como prueba de que el Tribunal Burger la sigue usando podemos citar Papachristou v. Jacksonville, 405 US 156(1972), donde por unanimidad el TS anuló por inconstitucional una ordenanza local que incriminaba conductas como las de "vagabundos o personas disolutas que mendigan por ahí", "borrachos comunes", "deambulantes nocturnos", "personas que vagn de sitio en sitio sin perseguir ninguna finalidad u objetivo legal". La sentencia de J. Douglas la anuló on its face tanto por falta de tipicidad que hacía imposible saber cuales eran realmente las conductas incriminadas, como por anotar "arrestos y condenas arbitrarias y erráticas". De todas formas volveremos sobre esta doctrina al tratar de la estructura como método.
- (92) El tema es uno de los que se alegan en contra de la ratificación por los Estados de la futura enmienda 27, el ERA (Equal Rights Amendment) cuyo texto aprobado por el Congreso reza como sigue: "Sección 1. La igualdad de derechos ante la ley no será denegada ni restringida por razón de ~~sexo~~ ni por los Estados Unidos ni por ningún Estado. Sección 2. El Congreso podrá reforzar la aplicación de este artículo a través de la legislación que corresponda. Sección 3. Esta anmienda entrará en vñgor dos años después de la fecha de ratificación". "Aquellos que se oponen a la enmienda temen que su ratificación no produzca la invalidación de todas las leyes protectoras de las mujeres que hayan sido promulgadas para su ~~beneficio~~. Los que la apoyan creen que las leyes actualmente en vigor que benefician a las mujeres deben extender su acción protectora a los hombres", dice Note, Extension v. Invalidation of Underinclusive Statutes: A

Remedial Alternative, 12 Col J of L & Soc Prob 115, 124 (1975). Véase también supra nota 383 del capítulo II e infra texto que sigue a la nota 67 del capítulo IV.

(93) Por eso el tema sólo se ha planteado en toda su extensión cuando una parte sustancial de la población, las mujeres por ejemplo, adquieren el status de "categoría sospechosa" (Véase enfra pgs.). No se circunscribe sin embargo a la aplicación de la cláusula de igualdad. Como ejemplo de su aplicación en la cláusula de privilegios e inmunidades véanse los casos citados en Note, Op. cit. supra nota anterior, pg. 116 n. 7. Más dudoso es considerar, como hace la citada Note, que la jurisprudencia del procedural due process plantee realmente la alternativa extensión-invalidación. Cuando se exigen como necesarios determinados requisitos procedimentales (audiencia o motivación por ejemplo) realmente la ley no es extendida. La legislatura no tiene posibilidad alguna de elección: el procedimiento administrativo tiene que incluirlos. Véanse, por ejemplo, Goldberg v. Kelly, 397 US 254 (1970): el due process exige que un beneficiario de prestaciones sociales deba ser oído antes de la cesación de sus beneficios; Bell v. Burson, 402 US 535 (1971): derecho de audiencia para la determinación de la culpa en un accidente antes de que se suspenda el permiso de conducir. Todos estos casos suponen realmente la constitucionalización de garantías procedimentales administrativas cuya existencia es absolutamente necesaria.

(94) 398 US 333 (1970).

(95) Véanse, por ejemplo, los casos citados en la nota 51.

(96) Tushman & TenBroek, The Equal Protection of the Laws,

37 Cal L Rev 341 (1949).

(97) Id., pg. 373.

(98) Véase id., pg. 365-66.

(99) La cláusula de igualdad se aplicaba a instituciones tan básicas que la actividad normal de los Estados habría sufrido un "shock" si se hubiesen invalidado las leyes o simplemente era inconstitucional suprimirlas: juicios por jurados en Strader v. West Virginia, 100 US 303 (1879); derecho al ejercicio del comercio, en Yick Wo v. Hopkins, 118 US 356 (1886)... y entonces llegó Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (1896) con la doctrina de la constitucionalidad de la idea de "separados pero iguales" que estranguló la operatividad real de la cláusula durante casi un siglo.

(100) Se denomina New Equal Protection a la mayor eficacia de la cláusula en base a la construcción de "categorías sospechosas" o "intereses fundamentales" que veremos posteriormente al analizar la jurisprudencia de los valores sustantivos.

(101) 316 US 535 (1942). El caso, la primera aplicación exorbitada de la cláusula de igualdad, es de lo más curioso. En una de las sentencias típicas de J. Douglas el TS declaró inconstitucional por contrario a la igualdad la posibilidad de esterilizar delincuentes. El TS con el problema del enfrentamiento con Roosevelt todavía reciente no se atrevió a constitucionalizar un derecho sustantivo a la integridad corporal (el propio TS había admitido en sentencia de J. Holmes la constitucionalidad de la esterilización como pena en Buck v. Bell, 274 US 200 (1927);

recurrió para ello entonces al argumento de que la ley de Oklahoma sólo imponía esa pena a los condenados por delitos de torpeza moral (felonies of moral turpitude) dos o más veces, mientras que exceptuaba de su imposición a los condenados por delitos políticos, apropiación indebida y otros delitos del mismo tipo.

- (102) Welsh v. United States, 398 US 333, 361 n. 14 (1970).
- (103) Skinner v. State, 195 Okla 106-07, 155 P 2d 715, 716 (1945).
- (104) Id.. El Tribunal Supremo de Oklahoma afirmó que "la ley claramente incluye a los condenados por hurto ... a la vez que claramente excluye a los condenados por apropiación indebida. No podemos por tanto usar la cláusula de separabilidad como se nos ha pedido".
- (105) 284 US 239 (1931).
- (106) Dos bancos habían sido adecuada y legalmente sometidos al pago de un impuesto pero no sus competidores para quienes los tipos impositivos habían sido inferiores a lo debido. La solución de la disputa ofrecía la posibilidad de elección entre dos medidas: liquidar por la cantidad auténticamente debida a los competidores o devolver la cantidad cobrada a los demandantes. La opinión unánime del TS, redactada por J. Brandeis, optó por la segunda.
- (107) 398 US 333 (1970).
- (108) Id., pg. 361.
- (109) Véase id., pg. 364.

- (110) Véase el texto que acompaña a las notas 37 y 40. J. Harlan también citó United States v. Jackson, 390 US 570, 585 n. 27 (1968) que ya hemos examinado en supra nota 42.
- (111) Weslsh v. United States, 398 US 333, 365 (1970).
- (112) Véase id., pgs. 365-66.
- (113) Id., pg. 366.
- (114) Voto formulado por J. Black, al que se unieron J.J. Douglas, Brennan y Marshall.
- (115) Voto formulado por J. White, al que se unieron C.J. Burger y J. Rehnquist.
- (116) Este buen resumen del contenido del voto particular ha sido tomado de Ginsburg, Some Thoughts on Judicial Authority to Repair Unconstitutional Legislation, 28 Clev St L Rev 301, 309 n. 47 (1979).
- (117) Ginsburg, Op. cit. supra nota anterior y Note, cit supra nota 92.
- (118) Como casos de extensión pueden citarse Gomez v. Perez, 409 US 535 (1973); Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 US 250 (1974); Weber v. Aetna Casualty Co., 406 US 164 (1972); Graham v. Richardson, 403 US 365 (1971); New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill, 411 US 619 (1973); Frontiero v. Richardson, 411 US 677 (1973) y Wainberger v. Wiesenfeld, 420 US 636 (1975), es decir, casi todas las anulaciones de leyes prestacionales por discriminación por razón de sexo y algunas de las que constitucionalizan derechos prestacionales que examinaremos en el último capítulo de esta tesis al hablar de la constitu-

cionalización de los welfare rights. Como casos de remisión del tema a los tribunales estatales véanse Orr v. Orr, 440 US 268 (1979); Wengler Druggist Mutual Insurance Co., 446 US —, 100 S Ct 1540 (1980) y Stanton v. Stanton, 421 US 7 (1975), es decir, la anulación de discriminaciones "benignas" por razón de sexo (los hombres piden los beneficios de leyes protectoras de las mujeres). Como ejemplo de jurisprudencia que reenvía el tema al parlamento estatal véase Craig v. Boren, 429 US 190 (1976) (~~véase infra pg. 222~~). Como caso de ~~deferencia~~ al Congreso véase Califano v. Jobst, 434 US 47 (1977) aparte de la jurisprudencia que apreció la inconstitucionalidad de las leyes que prohibían el destino de cualquier fondo público a la financiación de abortos, es decir, Maher v. Roe, 432 US 464 (1977) y Harris v. McRae, 448 US — (1980).

(119) Véanse, por ejemplo, Moritz v. Commissioner, 469 F 2d 466 (10th Cir., 1972), cert. denied, 412 US 906 (1973); Robinson v. Johnson, 352 F Supp 848 (D Mass 1973), revised on other grounds, 415 US 361 (1974) y Harrigfeld v. District Court, 95 Idaho 540, 5LL P 2d 822 (1973). Los tres extendieron respectivamente exenciones tributarias, beneficios para veteranos de guerra y sistemas de cómputo de la antigüedad en el puesto de trabajo.

(120) 443 US 76, 47 USLW 4817 (1979).

(121) Es el test de la cláusula de igualdad que se aplica a las discriminaciones por razón de sexo, a las discriminaciones raciales benignas con reserva de cuota o a las llamadas irrebutable presumptions. Tendremos ocasión de examinar todos ellos en el capítulo IV de esta tesis.

(122) J. Blackmun redactó el voto mayoritario, al que se uni-

ron J.J. Brennan, White y Marshall y Stevens. J. Powell formuló un voto particular concurriendo en parte y disidente en otra parte, voto al que se unieron C.J. Burger y J.J. Stewart y Rehnquist.

(123) 47 USLW 4817, 4821 (1979).

(124) Id..

(125) Id..

(126) El TS utiliza el término breadwinner (ganador del pan). La Ley proveía efectivamente beneficios a familias en que cualquiera de los padres hubiera resultado incapacitado para el trabajo, con independencia de que el incapacitado fuera o no el principal soporte económico de la familia, concepto que, de introducirse por el TS en el esquema legal, sería nuevo.

(127) 47 USLW 4817, 4822 (1979).

(128) "Está muy claro que el Congreso pretendió excluir el pago de beneficios a familias donde sólo uno de los padres no tiene trabajo y el principal soporte económico de la familia sigue en cambio trabajando". Id..

(129) Los recogidos en la nota 118 in fine.

(130) 47 USLW 4817, 4822 (1979). Omitimos la parte del voto particular que contesta a los argumentos de que la invalidación causaría dificultades a actuales beneficiarios y de que puede operar por analogía lo dispuesto en la Ley para las incapacidades laborales. La respuesta es por lo demás muy fina y merece la pena verla.

- (131) Id., nota a pie de página n° 2.
- (132) Sobre cuando el TS admite abiertamente tener en cuenta factores de oportunidad véase infra *pp. 696 y ss.*
- (133) Toda esta jurisprudencia se examinará con todo detalle en el capítulo V de esta tesis.
- (134) Véase supra nota 118 in fine.
- (135) Vuelvo a remitir al tema de la constitucionalización de los welfare rights que forma el capítulo V de esta tesis.
- (136) El voto de J. White.
- (137) 410 US 113 (1973).
- (138) 47 USLW 4817 (1979). El Congreso ciertamente podría posteriormente reestructurar la Ley, pero hasta el momento la representación del Gobierno Federal (en Estados Unidos es el Attorney General quien asume la defensa del Estado y el Congreso no interviene en el proceso) simplemente defendió la constitucionalidad sustantiva de la Ley.
- (139) Harris v. McRae, 448 US — (1980), examinó la constitucionalidad de una ley modificadora de las prestaciones sanitarias con la expresa intención del Congreso de reaccionar frente a Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).
- (140) Kuhn v. Fairmont Coal Co., 215 US 349, 372 (1910) (voto particular).

- (141) Como un buen resumen de la historia del tema en el Derecho Constitucional Norteamericano, aunque partiendo de este enfoque falso, véase Note, Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts, 71 Yale L J 907 (1962). Esta Note constituye el estudio-base para la doctrina que ha estudiado el tema de la prospectividad con posterioridad. Por cierto overruling en la terminología jurídica norteamericana significa cambio explícito de doctrina constitucional judicial por los propios tribunales.
- (142) FIELD, Op. cit. supra nota 11, pg. 153, citando People ex re Bank v. Russell, 283 Ill 520, 119 N E 617 (1918) y Beck v. State, 196 Wisc 242, 219 N W 197 (1928).
- (143) 8 Wall 603 (1869), cuando fue cambiada la doctrina jurisprudencial en él contenida por los Legal Tender Cases, 12 Wall 457 (1871). ~~Véase infra~~
- (144) 308 US 371, 374 (1940).
- (145) Véase Grant, Op. cit. supra nota 4, pg. 238. Véase el tratamiento exclusivamente remedial dado a la aplicación de la ya conocida para nosotros Sección 1983 en Edelman v. Jordan, 415 US 651 (1974); Hutto v. Finney, 437 US 678 (1978) y Quern v. Jordan, 440 US 332 (1979). De todas formas su doctrina no es extensible pues ya sabemos que la adjudicación de la Sección 1983 es de carácter meramente legal más que constitucional.
- (146) Véase supra nota 140 y el texto que la acompaña.
- (147) Véase CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS (1921), pgs. 146-47.

- (147 bis) "La regla jurídica a aplicar en ausencia de Ley es la de que los impuestos ilegalemnte recaudados no pueden ser recuperados salvo que se hubieran pagado bajo protesta.... La regla se aplica tanto a los impuestos ilegales como a los inconstitucionales". FIELD, Op. cit. supra nota 11, pg. 251, citando Elliott v. Swartwout, 10 Pet 137 (1836). Como ejemplo de un caso en que el pago bajo protesta por una tribu india motivó la recuperación de impuestos inconstitucionales véase Ward v. Board of County Commissioners, 253 US 17 (1920).
- (148) "Los tribunales federales parecen igualmente severos en la aplicación de reglas denegatorias de la devolución (de multas inconstitucionales ya pagadas)". FIELD, Op. cit. supra nota 11, pg. 272, citando United States v. Gettinger, 272 US 734 (1927).
- (149) Id., pg. 154.
- (150) Mishkin, Foreword: The High Court, The Great Writ, and the Due Prosess of Time and Law, 79 Harv L Rev 56, 57 (1965). Allí mismo recoge todos los votos particulares en que J.J. Harlan, Whittaker y Frankfurter lo habían propuesto.
- (151) 381 US 618 (1965).
- (152) 367 US 643 (1961).
- (153) La exclusionary rule supone que no puede incorporarse al proceso como prueba toda aquella evidencia sobre la que el Estado haya puesto sus manos inconstitucionalmente. Su finalidad, obviamente es la de disuadir a la policía de utilizar métodos de investigación inconstitucionales. En Europa esa regla es totalmente impensable, canalizándose

la solución del problema a través de la penalización de esas actividades tipificándolas como delito, pero sin que en ningún momento den lugar a no poder aportar la prueba al proceso.

- (154) Véanse Bender, The Retroactive Effect of an Overruling Constitutional Decision: Mapp v. Ohio, 110 U Pa L Rev 650 (1962); Note, Perspective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts, 71 Yale L J 907 (1962); Note, Collateral Attack on Pre-Mapp v. Ohio Convictions Based on Illegally Obtained Evidence in State Courts, 17 Rutg L Rev 587 (1962); Currier, Time and Change in Judge Made Law: Prospective Overruling, 51 Va L Rev 201 (1965); Meador, Habeas Corpus and the Retroactivity Illusion, 50 Va L Rev 1115 (1964); Morris, The End of an Experiment in Federalism - A Note on Mapp v. Ohio, 36 Wash L Rev 407, 431-33 (1961); Torcia & King, The Mirage of Retroactivity and Changing Constitutional Concepts, 66 Dick L Rev 269 (1962); Traynor, Mapp v. Ohio at Last in the Fifty States, 1962 Duke L J 319; Weinstein, Local Responsibility for the Improvement of Search and Seizure Practice, 34 Rocky Mt L Rev 150 (1962); Note, Limitations of Judicial Decisions to Prospective Operation, 46 Ia L Rev 600 (1961); Mishkin, Op. cit. supra nota 150; Schaefer, The Control of 'Sunburst': Techniques of Prospective Overruling, 42 N Y U L Rev 631 (1967); Schwartz, Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Mishkin, 33 U Chi L Rev 719 (1966); Hasler, Retroactivity Re-Thought: The Hidden Costs, 24 U Maine L rev 1 (1972); Mallamud, Prospective Limitations and the Rights of the Accused, 56 Ia L Rev 321 (1970); Rossum, New Rights and Old Wrongs: The Supreme Court and the Problem of Retroactivity, 33 Emory L J 381 (1974); Note, Retroactivity and Prospectivity — Current Trends in the Law of Retroactive Decision Making, 7 Wake F L Rev 500 (1971); Comment, Linkletter, Shott, and the Retroactivity Problem in Escobedo, 64 Mich L Rev 832 (1966); Blumenfeld, Retroactivity

under O'Callahan: An Analytical and Statistical Approach, 60 Geo L J 551 (1972); Haddad, Retroactivity Should Be ReThought: A Call for the End of the Linkletter Doctrine, 60 J Crim L & Ps 417 (1969); Note, Retroactivity in Civil Suits: Linkletter Modified, 42 Ford L Rev 653 (1974); Comment, Constitutional Rules of Criminal Procedure and the Application of Linkletter, 16 J Pub L 193 (1967); Wellington, Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication, 83 Yale L J 221, 254-62 (1973); Beytagh, Ten Years of Non-Retroactivity: A Critique and Proposal, 61 Va L Rev 1557 (1975).

El tema ha sido también cuidadosamente tratado en obras más generales: BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS, (1970), pgs. 54 y ss.; WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (Oxford University Press, 1976), pgs. 359 y ss; y BREST, pgs. 1137 y ss..

- (155) Linkletter v. Walker, 381 US 618 (1965); Tehan v. United States, 382 US 406 (1966); Johnson v. New Jersey, 384 US 719 (1966); Stovall v. Denno, 388 US 293 (1967); Witherspoon v. Illinois, 391 US 510 (1968); Roberts v. Russell, 392 US 293 (1968); De Stefano v. Woods, 392 US 631 (1968); McConnell v. Rhay, 393 US 2 (1968); Arse-nault v. Massachusetts, 393 US 5 (1968); Berger v. California, 393 US 314 (1968); Fuller v. Alaska, 393 US 80 (1968); Allen v. State Board of Elections, 393 US 544, 572 y ss. (1969); Desist v. United States, 394 US 244 (1969); Halliday v. United States, 394 US 381 (1969); Jenkins v. Delaware, 395 US 213 (1969); Cipriano v. City of Houma, 395 US 701 (1969); Phoenix v. Kolodziejki, 399 US 204 (1970); Williams v. United States, 401 US 646 (1971); Mackey v. United States, 401 US 667 (1971); United States v. United States Coin & Currency, 401 US 715 (1971); Chevron Oil Co. v. Hudson, 404 US 97 (1971);

Adams v. Illinois, 405 US 278 (1972); Ivan v. City of New York, 407 US 203 (1972); Kirby v. Illinois, 406 US 682 (1972); Milton v. Wainwright, 407 US 682 (1972); -- Moore v. Illinois, 408 US 786, 800 (1972); Morrissey v. Brewer, 408 US 786, 800 (1972); Robinson v. Neil, 409 US 505 (1973); Lemon v. Kurtzman II, 411 US 192 (1973); Michigan v. Paine, 412 US 47 (1973); Gosa v. Mayden, 413 US 655 (1973); Michigan v. Tucker, 417 US 433 (1974); Daniel v. Louisiana, 420 US 31 (1975); United States v. Peltier, 422 US 531 (1975); Bowen v. United States, 422 916 (1975); y Hankerson v. North Carolina, 432 US 233 (1977).

- (156) Véanse especialmente los trabajos de Mishkin y Schwartz citados en las notas 150 y 154. También el de Meador citado en la nota 154. En jurisprudencia véanse Mackey y Hankerson.
- (157) Este es el fundamento de los reiterados votos particulares de J. Black comenzando por el de Linkletter. La opinión mayoritaria de Linkletter fue redactada por J. Clark como una crítica de la "teoría oracular".
- (158) El mejor resumen de toda la jurisprudencia, resumen cronológico y detallista, es sin duda el de Beytagh citado en la nota 154. Por cierto el propio TS lo citó como resumen autorizado en Hankerson v. North Carolina, 432 US 233, 246 (1977). Remito a su lectura para el lector que quiera familiarizarse con este área jurisprudencial.
- (159) Linkletter, criticando la "teoría oracular" blackstoniana dice explícitamente que "la tarea de los jueces es crear nuevo derecho, no mantener y explicar el viejo". J. Clark se apoyó además expresamente en Austin y la teoría analítica que reconoce la labor auténticamente

creadora de los jueces para rellenar los interstitial gaps (vacíos legales).

- (160) El primer caso, Linkletter, ya planteó abiertamente este tema: "Creemos que la Constitución ni prohíbe ni requiere el efecto retroactivo".
- (161) Esta fue otra de las constantes acusaciones de J. Black, sobre todo cuando uno de los factores que la mayoría contrapesaba era el número de presos que podrían quedar libres. J. Harlan, que acompañó a la mayoría hasta Desist para renegar a partir de entonces abiertamente de la doctrina de la prospectividad, criticó la totalidad de la jurisprudencia hasta entonces como totalmente carente de principios generales.
- (162) Compárese Desist, pgs. 249-51, con Jenkins v. Delaware. En el primero el TS estableció una clarísima jerarquía entre los diversos factores contrapesados en Linkletter y, sobre todo, en Stovall v. Denno (quizás el caso que más factores contrapesa), siendo el más importante "el de la finalidad perseguida por la nueva norma que enuncia como sustantiva el TS". La confianza de los Estados en la constitucionalidad de la norma anterior y el efecto real (número de procesos que deben repetirse y si se pueden o no realmente repetir) tienen gran peso "sólo cuando la finalidad de la nueva norma sustantiva no favorece claramente ni la prospectividad ni la retroactividad". En Jenkins, por el contrario, pg. 218, la mayoría del TS, aun reconociendo que la desigualdad que la prospectividad genera es uno de los más importantes factores a tener en cuenta, lo rechazó en este caso porque la desigualdad "debe contrapesarse contra el ímpetu que proporciona la nueva norma a la efectividad de reformas que la Constitución exigía desde hace tiempo, reformas que sin la prospectividad no podrían llevarse a cabo".

- (163) Compárense Linkletter, cuatro años después de la implantación de la nueva norma sustantiva, con Johnson v. New Jersey, que decidió el efecto prospectivo de una norma sustantiva que sólo tenía una semana (Miranda v. Arizona, otra de las sentencias "escandalosas" del Tribunal Warren), con Stovall, que fue anunciado el mismo día que el caso en el que se cambiaba la vieja doctrina, o con Witherspoon, que por primera vez estableció en el mismo caso a la vez la nueva norma sustantiva y su eficacia temporal. Véase especialmente el voto particular de J. Harlan en Mackey: "es intolerable que nos arroguemos la autoridad para ser los únicos que pueden hablar sobre este tema". Esta afirmación tenía el sentido de proponer que el TS dejara in toto la resolución del tema a los tribunales estatales más que sugerir que el TS antes de pronunciarse sobre la eficacia del cambio de doctrina dejara que los tribunales estatales resolvieran varios casos para tener opiniones diversas, que fue lo que había hecho en Linkletter.
- (164) Véase Note, Prospective Overruling..., cit supra nota 154, pgs. 930-33. Compárense las afirmaciones contenidas en Stovall en el sentido de que los dos acusados eran los únicos beneficiarios de la nueva norma "porque era una consecuencia inevitable de la necesidad de que la interpretación constitucional por el TS no sea un mero dictum", con el voto particular de J. Douglas en Adams v. Illinois, pg. 286 n. 3, afirmando lo contrario y especialmente con Morrissey que determinó que ciertos procedimientos que constitucionalmente tenían que seguirse en las revocaciones de las decisiones de las parole boards (véase supra nota 216 del capítulo II) no tenían que aplicarse a las partes del caso en que así se decidía. Stovall por su parte decía también que el alcance de la retroactividad a las partes del proceso en realidad sólo obedece al temor del

TS de desanclar a los abogados defensores a proponer reformas ante el hecho de que sus defendidos no se iban a beneficiar de ellas. Véase la obra de Schwartz citada en la nota 154.

- (165) Linkletter permitió aplicar la nueva regla sustantiva a todos los casos cuya tramitación procesal se encontrara en fase al menos de recurso directo; Johnson la aplicó a todos los procesos que comenzaran después de anunciada la regla; Stovall, por fin, dio la primacía al momento en que se producían los hechos ahora inconstitucionales.

- (166) Véase la afirmación explícita del TS en Halliday, pg. 832, en el sentido de que las decisiones no constitucionales deben regirse en cuanto a la retroactividad o prospectividad por los mismos criterios que la jurisprudencia establecida desde Linkletter. Véase también la afirmación de C.J. Burger en Kurtzman II: "Los apelantes no ofrecen ningún argumento persuasivo para limitar el moderno enfoque de la jurisprudencia constitucional a los casos procesales penales".

- (167) En US v. US Coin & Currency el TS afirmó por primera vez tajantemente que las doctrinas constitucionales cuya finalidad no es la de corregir requisitos constitucionales del proceso penal, sino prohibir directamente la penalización (o sanción en general) de conductas, tienen eficacia retroactiva. Es decir la retroactividad de la ley penal o sancionadora más favorable pero aplicado a la sentencia y no a la ley, como nuestro art. 40,1 LOTC.

- (168) Véase Gosa donde el TS sostuvo que una decisión anterior que fijaba la regla sustantiva de que los militares tienen que comparecer ante los jueces ordinarios por todo delito no conectado con un acto de servicio, regla for-

mulada por el TS en O'Callahan v. Parker, 395 US 258 (1969), tenía carácter prospectivo. Véase la obra de Blumenfeld citada en la nota 154.

(169) Véase Robinson v. Neil

(170) Véase el factor reformista en nota 162. Naturalmente la confianza en la constitucionalidad del ordenamiento es un factor de mucho mayor peso cuando se trata de personas privadas, en campos naturalmente ajenos al del derecho constitucional procesal penal. Los intereses de titulares privados de deuda pública fueron tomados muy en consideración por ejemplo en Cipriano y Kolodziejcki, casos ambos de bonos municipales declarados inconstitucionales.

(171) Este factor de confianza, que en último término no es sino la variante norteamericana del principio de seguridad jurídica, aparece en todas las sentencias y ha sido decisivo en muchas de ellas como en el ya visto Johnson (supra nota 162) o en Russell donde el TS dijo que la regla que anunció el derecho constitucional a carearse con los testigos, anunciada en Barton v. United States, 391 US 123 (1968) debía haber sido claramente anticipada por los fiscales desde otro caso anterior que formulaba otra regla sustantiva distinta pero en línea paracida.

(172) Linkletter le dio a todo el tema un carácter "absoluto". Pese a ello, de vez en cuando, el TS hace hincapié en que el tema es uno de hallar el remedy en equidad adecuado, como en Kurtzman II.

(173) Sólo se ha apreciado con el cambio de Presidente del TS una variante clara, la extensión de la visión "absoluta" fuera del campo penal, o procesal penal, constitucional.

(174) Véase supra nota 159.

(175) Id. y nota 161.

(176) Véase supra nota 149 y el texto que la acompaña.

(177) Véase infra *pgs. 569 y ss.*

(178) Véase Kurtzman II

(179) El llamado constitutional common law propone que hay sentencias del TS cuya modificación no necesitaría una reforma constitucional sino una simple ley ordinaria. Véase infra *pgs. 704 y ss.*

(180) TRIBE, pg. 26.

(181) Véase supra nota 164.

(182) Younger v. Harris, 401 US 37 (1971).

(183) Véase nota 46 y el texto que la acompaña y la sigue.

(184) Véanse notas 127, 129 y el texto que las acompaña.

(185) Véase capítulo II.

(186) Véase capítulo II, II:4 pgs. 98 y ss (cuestiones políticas).

(187) A lo largo del estudio de las distintas alternativas hemos visto como una de las piezas esenciales de la jurisprudencia consiste en tratar de averiguar la finalidad a la que responde el esquema legal "en su conjunto". Como veremos más tarde no se trata más que de la versión

norteamericana de lo que los italianos denominan "exceso de poder legislativo".

(188) Véanse pgs. 207 y ss..

(189) Véase infra capítulo V de esta tesis.

(190) Véase supra pg. 192, párrafo (E).

(191) Véanse pgs. 193-94.

(192) Véase supra nota 180 y el texto que la acompaña.

(193) Véanse pgs. 196 y ss..

(194) Véase mi trabajo ¿Es Retroactiva la Constitución? que está pendiente de publicación en el n° 14 de la Revista de Derecho Político.

(195) Véase infra pgs. 593 y ss.

IV.- EL NUCLEO DEL PROBLEMA: LAS FUENTES INTERPRETATIVAS.

IV:1.- INTRODUCCION: LAS CRISIS CICLICAS DE CONFIANZA EN EL T.S. Y SU ENLACE CON EL TEMA DE LA LEGITIMIDAD. EL - DISTINTO CARIZ DE LAS CRISIS PROVOCADAS POR LOS TRIBUNALES WARREN Y BURGER.

Cuando C. J. Marshall instituyera el judicial review, muchos vieron Marbury v. Madison (1) como la oportunidad -- irrepetible del establecimiento de un poder típicamente político: C. J. Marshall, al que se le arrojaba del poder --- tras las elecciones (era Secretario de Estado de la administración saliente), aprovechó para dotar de un poder inigualable a los jueces federales que el Presidente saliente, en los últimos días (2), se había apresurado a nombrar. El partido derrotado se aseguraba así durante la vida de esos jueces, sólo sujetos a impeachment, del control del poder del partido entrante en la administración.

Las críticas a la sentencia eran, y fueron, obvias. Pero C. J. Marshall se cuidó muy mucho de volver a anular una sola ley y el poder, al cabo de los años, como sólo lo era nominalmente (en lo que a leyes federales se refiere) se -- asentó como principio precisamente por su no-ejercicio.

Sin embargo, esa originaria "usurpación" pesa como una losa en la conciencia jurídica norteamericana. Dred Scott - (3), el siguiente caso que anuló una ley federal (el compromiso de Missouri de no extender la esclavitud a los nuevos territorios), casi dio al traste de nuevo con el T.S. Su -- doctrina fue derogada por una Guerra Civil. De nuevo el T. S. callaba en los temas fundamentales hasta ... 1905 en que Lochner (4) constitucionalizaría la libertad contractual. - Lo malo de Lochner no era lo que hizo sino que permaneciera

como doctrina durante un cuarto de siglo, cuando todo el país era consciente de que el liberalismo a ultranza a nada llevaba. De nuevo el T.S. estuvo a punto de desaparecer ante el court-packing plan de Roosevelt. Se salvó in extremis y volvió a callar. Sólo la primera enmienda "coleaba" de vez en cuando.

Hasta el Tribunal Warren la doctrina había enfocado la legitimidad del T.S. como una cuestión histórica (5) ó abiertamente desde la teoría política que quasi-juridificaba Thayer con su propuesta de self-restraint de los jueces, propuesta que acabaría por imponerse en el T.S.

Con el Tribunal Warren se produjo, sin embargo, otro fenómeno. Su "activismo" se fundamentaba sentencia por sentencia no en la law of the land judicial sino abiertamente en el texto constitucional. Ello obligó a sus críticos a ejercer su labor no desde aquellos campos sino desde los del método interpretativo que dicho Tribunal tan bien instrumentalizara.

Desde este punto de vista, el Profesor Wechsler fue la punta de lanza con su tesis de que la jurisprudencia — del Tribunal Warren no respondía a principios neutrales de adjudicación. Por eso empezamos nosotros por aquí.

Sin embargo, el Tribunal Burger dejó de amparar su "activismo" en el texto para pasar de nuevo a la teoría de la plasmación judicial de la law of the land y, pese a ello, la semilla que plantara Wechsler caló hondo en la mente jurídico-constitucional norteamericana. La crítica a esa nueva jurisprudencia también pretende serlo desde el método interpretativo.

La interpretación de la Constitución ha pasado, pues, a ser el problema capital del judicial review. Todos, o casi todos, han olvidado ya el origen del poder y discuten - su otra variante: el método ... ¿es jurídico o es político?. La respuesta determinará en último término la legitimidad. Sin embargo, la respuesta, a su vez, tiene una eficacia mucho más matizada. Ya no determinará la necesidad - de cortar de raíz la institución, sino la crítica a las líneas jurisprudenciales que más se alejen de los cánones jurídicos de interpretación. La respuesta última ya había sido dada por la historia.

El sistema que sigue esta parte es precisamente, tras el repaso de la teoría de los principios neutrales, la del análisis de todas aquellas fuentes a las que el T.S. recurre y la respuesta que en la década de los 70 (y lo que va de los 80) ha recibido por los constitucionalistas norteamericanos.

IV:2.- EL INTENTO MAS CELEBRADO DE JUSTIFICACION DEL METODO JURIDICO: LA IMPOSIBILIDAD EXISTENCIAL DE LOS PRINCIPIOS NEUTRALES DE WECHSLER.

"El recurso se fundamenta sustancialmente en la disconformidad o contradicción existente entre los preceptos impugnados y el principio de autonomía de los municipios y provincias que garantiza la Constitución. Por ello, resulta necesario efectuar unas consideraciones generales sobre el ámbito de este principio que permitirán, en una segunda fase, enjuiciar la constitucionalidad de los artículos objeto del presente recurso". (STC de 2 de Febrero de 1981. Recurso de inconstitucionalidad número 186/1980).

"Antes de proseguir con el caso particular que nos ocupa debemos referirnos, pues ello va íntimamente unido a la "ratio decidendi" de esta sentencia, a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria ... Las variadas tesis formuladas por la doctrina, de un lado, sobre la naturaleza de esta jurisdicción voluntaria -desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de Derecho Privado atribuida por razones históricas a órganos judiciales- y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el libro III de la L.E.C., nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la luz del artículo 24 de la Constitución. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional". (STC de 22 de Abril de 1981. Recurso de amparo número 202/1980).

La segunda parte del célebre artículo de Wechsler se ocupaba de la naturaleza del proceso de interpretación constitucional (6). Trataba simplemente de contestar a la siguiente pregunta: ¿qué distingue una decisión judicial de otro tipo de pronunciamientos?.

A.- ¿QUE DIJO WECHSLER EN REALIDAD?.

La teoría de los principios neutrales ha sido objeto a la vez de gran crítica y gran elogio. Se hace, pues, necesario volver a aquel artículo para tratar de analizar lo que realmente dijo sin prejuicio alguno, prejuicio que es

muy difícil de eludir después de haber leído a todos sus -- críticos.

A:1.- Las decisiones judiciales deben razonarse.

Lo primero que de la lectura del artículo se deduce es que los tribunales, en sus sentencias, deben explicar los auténticos fundamentos de las mismas. Tomó como ejemplo precisamente las decisiones per curiam del T.S. que aplicaron la desegregación después de Brown I (7) y el Burstyn case (8) en los cuales el T.S. "no descubrió los motivos en que descansaba el resultado alcanzado (9)". Con sus propias palabras, "soy perfectamente consciente de que nueve hombres a veces pueden llegar -- mucho más fácilmente a un acuerdo acerca del resultado que acerca de las razones que lo fundamentan ... ¿No es sin embargo, preferible, incluso esencial, que si ésto ocurre sean descubiertas las distintas posiciones acerca de cómo se alcanza el resultado? (10)". Wechsler no admitió ni una excepción a esta política judicial acerca de la formación de la sentencia por órganos colegiados.

A:2.- Las decisiones judiciales deben razonarse "en todas las fases del razonamiento seguido para alcanzar el resultado (11)".

"Una decisión que responde a principios jurídicos", dijo, "... es aquella en la que absolutamente todas las cuestiones que se discuten en el caso aparecen fundamentadas ... (12)". Así, con palabras de Greenawalt, "si -- su tesis es modesta en el sentido de requerir sólo unos mínimos criterios para la decisión, es totalmente ambi-

ciosa en exigir que el razonamiento alcance a todas -- las fases del proceso interpretativo... es decir, el -- T.S. debe someter a principios jurídicos cuestiones co -- mo las relativas a cuanta relevancia deba darse a la -- interpretación de los constituyentes o como la de dar o no peso a la evidencia sociológica (13)". Wechsler -- tampoco admitió una sola excepción a esta política judicial.

A:3.- Las sentencias deben obedecer a principios.

Wechsler no explicó, sin embargo, qué quería decir con ésto. En todo caso parecía oponer decisiones -- sometidas a principios con jurisprudencia "ad hoc" o -- con jurisprudencia result-oriented (14). El hablaba de "criterios que pueden ser formulados y puestos a prueba en un ejercicio de dialéctica y que no obedezcan so -- lamente a un acto de voluntad (15)", y trató de explicarlo indicando que los tribunales "deben funcionar no como órganos de poder puro y desnudo; sino participando como tribunales de Derecho (16)", no como órganos -- legislativos o ejecutivos que tratan a toda ultranza -- de alcanzar alguna meta propuesta. Tampoco admitió excepción alguna a este principio, aunque no pudo negar que los principios son "en gran medida instrumentales (17)".

A:4.- Estos principios deben ser neutrales y generales.

Con ello quería decir que las decisiones deben -- descansar "en análisis y razones que desde luego transc -- iendan el resultado inmediato que se alcanza (18)". -- Pero eso fue todo lo que dijo. Intentando explicarlo e describirlo, no definirlo, Wechsler recogió una serie

de citas de famosos jueces: (a) La frase de J. Jackson en el sentido de que "la libertad se alcanza sólo por medio de la rule of law (19)"; (b) La llamada de J. Frankfurter a los jueces para que éstos "alcancen la justicia entre hombre y hombre, entre hombre y Estado, encontrando la vía adecuada a través del precedente, a través de la policy, a través de la historia ... a través de la razón llamada derecho (20)"; (c) La cita de C. J. Hughes: "tras las palabras de la Constitución -- existen postulados que limitan y controlan (21)"; (d) La de J. Holmes: "la imitación del pasado, hasta que -- tengamos una clara razón para cambiar, no necesita más justificación que el apetito (22)"; y (e) La de C. J. Taney en el sentido de "... que una sentencia del T.S. que se basa en la interpretación de la Constitución es tá abierta a discusión siempre que creamos que está -- fundamentada en el error ... (23)".

También dejó clara su posición favoreciendo la -- construcción de cláusulas constitucionales abiertas de forma que se tuviera en cuenta la realidad social del tiempo en que dichas cláusulas van a ser aplicadas -- (24).

Finalmente, admitió que en el proceso de interpretación constitucional los tribunales tienen que elegir entre condenar o permitir elecciones entre valores o -- deseos, alternativa que se refleja en la acción legislativa o ejecutiva que se somete a examen de constitucionalidad.

Más tarde, en 1965, intentó de nuevo explicar lo que había querido decir por sentencias decididas conforme a principios neutrales. En The Courts and the -- Constitution (25) reafirmó su teoría de los principios

neutrales como límites morales al poder del T.S. Tomando como ejemplo Shelley v. Kraemer (26), ejemplo que - había usado también en su artículo anterior (27), intentó explicar que "una persona da razones neutrales, ..., si fundamenta la decisión en razones que estaría dispuesto a seguir en otras situaciones a las que fuera aplicable" siempre que con ello no se llegara a un resultado absurdo (28).

Insistió también en que su método se ofrecía como solución para los jueces que "les gusta afirmar, y se encuentran a gusto al declararlo, que sus sentencias - están determinadas por factores objetivos que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, y no vienen determinadas por un acto de pura elección volitiva --- (29)!"

El método consiste, continuaba, en "destilar un principio que determine la solución al caso que se examina y que sea viable para aplicarse a aquellas otras situaciones, ahora previsibles, a las que la lógica -- del principio demande que debe aplicarse siguiendo -- fuentes tales como (el lenguaje, los postulados de C. J. Hughes, la historia, el precedente, los cambios que hayan tenido lugar en la vida y en el Derecho y los -- nuevos problemas que hayan emergido) (30)".

Finalmente, afirmó que "el hecho de que una sentencia se soporte, ó, al menos, pueda ser soportable, en términos generales y neutrales no es más que un requisito negativo (31)", respondiendo así directamente a algunos de sus críticos que él mismo cita y que tendremos ocasión de ver posteriormente (32).

B.- INTERPRETANDO A WECHSLER; UNA TAREA REALMENTE DIFÍCIL.

Ningún artículo jurídico ha producido tal cantidad de respuestas en estos últimos 20 años. Wechsler había dejado claro que su método no era sólo un método para alcanzar la decisión judicial sino también un método de crítica de las decisiones de los jueces, de tal forma que las respuestas pueden clasificarse en dos grandes áreas según el sujeto - que las promueve: los tribunales y la doctrina.

B:1.- La respuesta de los tribunales.

Si uno tuviera que examinar la respuesta de los tribunales, y especialmente del T.S., en realidad uno estaría haciendo lo segundo: criticándolas. Al estudiar los casos uno puede afirmar siempre que, por --- ejemplo, la decisión x es result-oriented, queriendo decirse con ello que no obedece a principios neutrales. Lo que uno estaría en realidad haciendo entonces es criticando las sentencias y no analizando la respuesta de los tribunales a la tesis de los principios neutrales. Para hacer lo segundo tendríamos que haber asistido a la conferencia del T.S. (33).

Greenawalt ha dado algunos ejemplos de cómo los principios neutrales pueden entrar en conflicto con - otras políticas judiciales, pero esas situaciones se caracterizan precisamente porque no aparecen para nada en la opinión judicial (34).

Algunos magistrados del T.S. han admitido ellos mismos tener fundamentos totalmente distintos a los - manifestados en realidad en la opinión (35).

Pero al menos podemos afirmar un resultado: ningún juez está orgulloso de afirmar que fue el autor -- de una decisión que no obedece a principios. La jurisprudencia result-oriented ha devenido algo parecido a un insulto.

No debemos, sin embargo, confundir esta última -- jurisprudencia, en el sentido con que emplea el término Wechsler, con el enfoque behavioural que se deriva del realismo jurídico norteamericano. El hecho de que algunos jueces admitan tener algún resultado intuitivo en la cabeza antes de que entren en la conferencia (36) no significa en absoluto que sus opiniones sean result-oriented. Como ha puesto de relieve Greenawalt, "Wechsler no intentaba describir los procesos mentales por los cuales los jueces alcanzan o deberían alcanzar la decisión. Un juez que inicialmente se basa en la intuición para alcanzar un resultado tentativo puede actuar consistentemente con la tesis de Wechsler siempre que no llegue o adopte la decisión final hasta que haya determinado si ese juicio intuitivo -- puede soportarse en 'principios neutrales' con los -- que está de acuerdo (37)".

En una palabra, tomando las nociones con las que jugaran los realistas norteamericanos, Wechsler está preocupado exclusivamente por la regla (rule) y no -- por la intuición (hunch) (38). Siempre que haya una rule of law no importa en absoluto que la decisión -- obedezca o no a hunches individuales (39).

Aun así, este tipo de enfoque intuitivo ha sido criticado también por profesores como Levy: "En los -- casos constitucionales ... el juez que elige primero cuál debe ser el resultado y después razona hacia --

atrás para aplicar una racionalización repleta de reglas y precedentes ha traicionado su función; ha decidido, fundamentado en el prejuicio y ha hecho del Derecho Constitucional poco más que el vehículo de sus preferencias políticas o sociales, reflejando predilecciones subjetivas (40)". Pero insistimos Wechsler, por el contrario, sólo opera con la justificación exterior de la sentencia, no con los procesos mentales decisorios del juez.

Pero es que además no puede admitirse sin más que el valor de los principios neutrales sea meramente justificativo (tema de la legitimidad), sino que esa necesidad de justificar los fallos puede incidir de manera positiva en el proceso mental.

Como dice Blasi, "hay casos en que un juez simplemente no puede justificar el resultado preferido... -- sin extorsionar la doctrina jurídica, lo que acarreará la crítica profesional, cuando no pública, de su actuación. Puede que esa crítica no disuada al juez al -- que sólo le importan los resultados. Sin embargo, --- existen pocos casos de tal recalcitrancia. Para los casos en que la devoción del juez por el resultado sea -- menos religiosa, o donde exista una cierta sensibilidad ante la crítica ..., la necesidad de buscar el apoyo de la fundamentación puede llevar a resultados diferentes (41)".

De todas formas, vuelvo a insistir que el tema será tratado con más detalle posteriormente (42).

Volviendo al planteamiento, el hecho de que algunos de los críticos de Wechsler fueran jueces (43) no debe llevarnos a considerar sus obras como la respues-

ta propiamente de los tribunales. Sólo pueden ser tratados como tal cuando están construyendo jurisprudencia, pero no cuando escriben artículos jurídicos por razones obvias.

Ello no obsta para que a veces se defienda (cosa que se ha repetido frecuentemente en la historia judicial norteamericana) el valor de la jurisprudencia basada en la búsqueda de resultados justos con independencia del método de razonamiento (44). En todo caso, el T.S. desde luego se hace eco de todas las críticas a su jurisprudencia. En el caso de los principios neutrales ni siquiera en un hombre tan despreocupado por el método como J. Douglas dejaron de tener eco (45).

B:2.- La respuesta de la doctrina constitucionalista.

No es mi intención tratar de describir todas las reacciones que ha habido a la propuesta de Wechsler si no sólo la de tratar de sistematizar aquéllas que han afectado a puntos centrales de la misma.

(a) La doctrina no favorable a la propuesta de Wechsler.

a:1.- Las decisiones conforme a principios neutrales como "jurisprudencia mecánica (46)" (Clark y Miller-Schefflin).

El análisis de Clark (47) es quizás el más simple. En sus propias palabras, "el resultado neto de la teoría de los principios neutrales parece ser el de que una decisión conforme a esos — principios es aquélla que sigue fielmente las hue

llas ya marcadas con anterioridad, mientras que -- una decisión sin precedente, abriendo nuevos caminos, debe necesariamente no ser conforme a prin-- cipios (48)". Estando entonces los jueces de los tribunales inferiores vinculados al precedente, -- "necesitamos las decisiones que sean disconformes con los principios neutrales, es decir, la deci-- sión nueva y que no sigue el precedente ... para que así se produzca el progreso en la jurisprudencia, progreso del tipo que ha formado la gloriosa herencia de la jurisprudencia del T.S. en este -- país (49)".

No pensamos que Wechsler se refiriera a esto en absoluto, en primer lugar porque realmente lo que el trataba de proponer es precisamente un método para la resolución de casos nuevos y, en segundo lugar, porque él no defendía ni un tribunal que no tuviera en cuenta los cambios que se producen en la realidad social (50) ni un tribunal que no se atreviera a cambiar su propia doctrina. Como dice Greenawalt, "Wechsler no afirma que el T. S. en un segundo caso deba adherirse a lo implicado por el principio formulado en el primero. Está escribiendo acerca de métodos de adjudicación, no acerca del peso que debe darse al precedente (51)". Desde luego, decimos nosotros, para Wechsler el -- caso que cambia una doctrina anterior debe regir-- se por principios neutrales tanto como el caso -- que dicha nueva doctrina deroga. Las citas en la obra de Wechsler de las célebres frases de J. Holmes y C. J. Taney (52) tienen precisamente este -- sentido.

Lo mismo puede decirse de la afirmación de -- Miller y Schefflin en el sentido de que aquellos que proponen un sistema de decisión conforme a -- los principios neutrales "están pidiendo a voces la vuelta a la jurisprudencia mecánica, por muy - sofisticada que esta nueva versión pueda ser (53)". De nuevo, Greenawalt tiene razón cuando contesta que "nada en la conferencia de Wechsler sugiere - que las respuestas correctas a problemas constitu-- cionales difíciles deban ser despachados rápida-- mente con los materiales que tiene de la jurispru dencia anterior (54)".

a:2.- Los principios neutrales como algo irreal -
(Rostow, Miller-Howell, Miller-Schefflin y
Leedes).

He elegido estos cuatro comentarios porque - todos ellos se han fijado en diferentes aspectos de la irre realidad.

Rostow dirigió su ataque contra lo que ---- Greenawalt ha denominado con acierto "la posibili-- dad inherente de constatación" de los principios neutrales (55), es decir, el tema de los limita-- dos poderes de los jueces para generalizar.

El derecho es "el producto de una jungla, no de un jardín ni del arte del jardinero (56)", dijo Rostow acerca del proceso por el que se forman -- los principios en un ordenamiento jurídico. Revi-- vía así la célebre visión de J. Holmes acerca del crecimiento del derecho: "la verdad es que el de-- recho se está siempre aproximando y nunca alcanza

la consistencia (57)".

La descripción de Rostow de cómo se formulan los grandes principios constitucionales es de lo más expresiva: "Los jueces se enfrentan a un nuevo problema y lo tratan una y otra vez a medida - que cambian sus dimensiones. Resuelven un caso, y se atormentan ante sus inesperadas secuelas. Retroceden y rellenan, en zig-zag, buscando una línea de pensamiento que satisfaga en último término sus estándares de artesanía y su visión del --- bien común de la comunidad que ellos deben tratar de interpretar. Las sentencias que aparecen al final de este ciclo apenas se parecen a las del --- principio. Surgen excepciones, y nuevas formulaciones de un principio que en su origen parecía - claro ... Hay casos que no llevan a nada, ramas - truncadas y ramas saludables. A menudo ni siquiera los jueces participantes en este proceso se -- dan cuenta de que el árbol estaba creciendo (58)".

En último término, como ha puesto de relieve Wright (59), citando igualmente a J. Holmes, es - la lógica inductiva y no la deductiva la que debe emplearse en el enjuiciamiento, siendo los principios neutrales un ejemplo de lo segundo. De todas formas no está claro del todo si el propio J. Holmes aceptaba cualquier tipo de lógica como fundamento del raciocinio jurídico (60).

Finalmente, hay que señalar que no es realmente éste el momento adecuado de tratar el valor de la lógica como fuente. En realidad, Rostow lo

que hace es reconducir los principios neutrales a la categoría de lógica deductiva para criticarla -- como si de eso se tratara, de ahí que para completar la respuesta a la objeción de Rostow haya que volver posteriormente sobre el tema de la lógica -- en general como fuente interpretativa (61).

En todo caso, si se enfoca la teoría de los -- principios neutrales así, no es de extrañar que -- fuera Rostow aquél que afirmó que la teoría de --- Wechsler repudiaba "todo lo que hemos aprendido -- acerca del Derecho desde que Holmes publicara su - Common Law en 1881 (62)".

Rostow no estaba solo en su ataque. También -- Freund (63) y Levy (64) insistieron exactamente en este mismo punto. Pero fue Wechsler mismo quien tu vo la ocasión de contestar a este tipo de razona-- mientos: no tiene por qué suponerse que el juez -- preveerá todos los posibles e hipotéticos casos fu turos, pero los principios que él fija sí que se -- suponen que deben anticipar todos los casos que -- sean previsibles en el momento en que afirma dicho principio (65).

En cualquier caso, la previsibilidad como una premisa de las decisiones conforme a principios -- neutrales estaba ya muy claramente afirmada en su primera obra (66).

Este elemento de la previsibilidad no es aje-- no a la construcción de Rostow. Es la "búsqueda de la línea de pensamiento" de que él hablara lo que precisamente supone la búsqueda de principios neu-

trales. Si al final el resultado en nada se parece al del primer caso lo es porque una adecuación rigurosa a la teoría de los principios neutrales ha hecho darse cuenta al juez de que el primer -- principio no estaba tan claramente formulado.

El que haya multitud de casos que abren brecha judicialmente hablando cuyos principios son -- meramente tentativos, difuminando su aplicación -- futura, se debe precisamente también a la aplicación de la teoría de Wechsler. El juez ante el -- primer caso, previendo hipotéticos problemas futuros, formula un principio relativamente poco tajante y no al revés. Incluso dejando abiertas variaciones del principio formulado o limitándose -- el tribunal a apoyar un primer principio genérico que luego otros casos especifican, lo que se hace es llevar a rajatabla la teoría de los principios neutrales y no lo contrario. Dos ejemplos pueden ilustrar lo que queremos expresar con más facilidad. El primer caso que declarara inconstitucional la discriminación por razón de sexo, Reed v. Reed (67) puede entenderse precisamente como -- un movimiento cauteloso del T.S. en espera de lo que iba a ser el equal rights amendment que constitucionalizaría en el propio texto la igualdad -- de derechos de la mujer, pero también puede ser entendido como un caso piloto cuyas líneas serían -- dibujadas más claramente con posterioridad. También Baker v. Carr (68) puede contemplarse desde este punto de vista como retrasando el problema -- hasta su solución definitiva por Reynolds v. Sims (69).

El ataque a la teoría de los principios neutrales de Leedes es una racionalización de los trabajos de Dworkin. Sin embargo, su matiz de irre realidad es totalmente distinto. Admite perfectamente como válida la construcción de Wechsler. "A pesar del escándalo que siguió a la publicación de su teoría, su sugestión ó admonición me parece desde luego eminentemente cuerda (70)". Pero, sin embargo, también le parece "una tarea pura y simplemente imposible". Más que de irreal debería calificarse, como él mismo lo hace, de "inadecuado" el intento de Wechsler de aislar a los tribunales de la política y de tratar de evitar la búsqueda de resultados, tarea en la que para Leedes el T.S. se ha visto envuelto desde siempre.

Leedes parece intuir realmente cuál sería el final de la teoría de los principios neutrales. Pero el problema con esta teoría no iba a ser precisamente uno de "adecuación" sino uno de "suficiencia" como veremos más tarde (71).

Miller y Howell (72) han sido criticados por no entender la tesis de Wechsler (73) o por haberla desviado de su intención original (74). Y, sin embargo, como dijo Levy, "de entre las críticas que provocó el artículo de Wechsler ninguna hay más devastadora, más profunda, ni más informada que la llevada a cabo por los profesores Miller y Howell (75)".

Partiendo del examen comparado de otras ciencias (Filosofía, Ciencias naturales, Filosofía social, Sociología, Ciencias sociales en general, -

Filosofía política, Historia y Teología) se afirma la imposibilidad de alcanzar la objetividad -- y/o neutralidad salvo que por éstas se entienda -- sólo la imparcialidad ante los sujetos activo y -- pasivo del enjuiciamiento (76).

Y no sólo esto, sino que un breve repaso de la historia del T.S. pone en "evidencia suficientemente el hecho de que los magistrados del T.S. han sido motivados en sus decisiones por preferencias entre valores ... Nunca han recurrido a la -- neutralidad ó impersonalidad a la hora de elegir entre alternativas en competencia (77), a la vez que", dicen, "Wechsler no es capaz de eitar un solo ejemplo de lo que él considera que es la referencia judicial a la neutralidad o generalidad de los principios (78)".

Si se entiende por neutralidad el seguir manteniendo doctrinas donde ya previamente se había dado prevalencia a un valor, entonces la tesis de Wechsler no añade nada nuevo a la teoría del precedente (79), pero si lo que se pretende es extender la neutralidad a las áreas periféricas que implican la resolución de cuestiones nuevas "no se pueden eludir los juicios de valor. Nosotros sólo pedimos que las preferencias entre valores consten expresamente en la decisión judicial (80)", -- ya que "es más fácil creer al juez que confiesa -- que no es neutral que al que insiste en que es totalmente objetivo (81)".

Otra de las pruebas de la falta de neutralidad es que las áreas de protección constitucional en que se ponen más énfasis varían de juez a juez

(82). Tras insistir, como Frank, en que la falta de neutralidad comienza por la operación de apreciación de los hechos (83), concluyen: "resolver el problema de la neutralidad sería el summum bonum para la comprensión no sólo del proceso judicial, sino también de la naturaleza humana en sí misma (84)", pero ello es simplemente imposible - (85). Por ello, proponen sustituir el mito de la búsqueda de la neutralidad por el de la jurisprudencia intencional (purposive jurisprudence): --- afirmación de valores sustantivos que impide a --- los magistrados escudarse tras el velo de la neutralidad (86).

En realidad, sin embargo, Wechsler no pretendió en ningún momento que los jueces pudieran ser neutrales entre valores en conflicto, luego lo -- que ocurre es que Miller y Howell no hablan acerca de lo mismo que hablara Wechsler. Sus respectivas nociones de "neutralidad" difieren. Sin embargo, Miller y Howell tienen el inmenso mérito del que se diera cuenta Levy de haber atacado a fondo la teoría, ya que dieron lugar a que la doctrina se formulara precisamente la pregunta de qué era entonces de lo que hablaba Wechsler. Y esta pregunta fue quizá de las más clarificadoras en --- aquél momento. Realmente no se les puede achacar a ellos la culpa sino a Wechsler ya que éste no -- explicó en absoluto qué es lo que debía entenderse por "análisis y razones que trascienden el resultado inmediato (87)".

De todas formas es su escepticismo, al no tomar para nada en consideración la idea de que pue

de haber reglas jurídicas que limiten los valores subjetivos de los jueces, lo que les hace antipáticos a la doctrina constitucionalista. Efectivamente, Wechsler no explica con su tesis el proceso de resolución de nuevos casos, pero ellos afirman que ese proceso ni siquiera existe.

Finalmente, Miller y Schefflin basan la irrealidad de la propuesta de Wechsler a la vez en la historia y en el idealismo conceptual que implica. "No puede decirse que en momento alguno de la historia constitucional de Norteamérica se haya alcanzado el ideal de decidir conforme a principios neutrales (88)". Aun dando por bueno que los principios neutrales pudieran existir, lo que obviamente probablemente no piensan ninguno de ellos ya que Miller es igualmente el autor conjunto de la obra con Howell (89), lo que Miller y Schefflin proponen es la búsqueda como ideal de algo mucho más asequible dentro de lo limitado de la capacidad humana para exigir después a los jueces ese ideal menor (90).

Esta acusación de irrealidad histórica es, por otra parte, común en todo este grupo de autores. Por ejemplo, Rostow lo resume así: "Si es que sabemos algo acerca del Derecho, lo único que sabemos es que el ideal del que Wechsler hace el único test posible para analizar el acierto de las decisiones judiciales, es imposible de alcanzar; que nunca ha sido alcanzado por un tribunal de common law ni por cualquier otro; y que nunca podrá ser alcanzado por la especial naturaleza del método jurídico (91)".

a:3.- Los principios neutrales como mero ensayo -
teórico (Wright).

Quizás el mayor crítico de la llamada "escuela de elaboración razonada (92)", o de lo que él mismo llama "la tradición académica", haya sido - el juez Skelly Wright. Para él mismo, la interpretación real que debe darse a la propuesta de --- Wechsler es pura y exclusivamente la de su carácter destructivo: "los seguidores de Wechsler han demostrado que la regla de los principios neutrales sirve mejor como una herramienta de crítica - destructiva que como guía para una protección más eficaz de los derechos constitucionales (93)". Estos "autonombrados mandarines académicos (94)", - "ilustran precisamente la distancia que existe entre la teoría y la práctica del criticismo wechsleriano (95)". Para Wright, los principios neutrales sólo sirven para indicar que determinada sentencia establece ó bien un principio demasiado limitado (no general), ó bien, en el caso de que --- fuera algo más amplio, para extender la lógica --- del caso hasta extremos hiperbólicamente exagerados, para anunciar así su falta de neutralidad, - tarea a la que se dedican, según Wright, todos estos "académicos" (96).

Esta versión de la crítica de los principios neutrales aunque parcialmente real no afecta en - último término a la sustancia misma del requisito. Una cosa es cómo se usa la teoría y otra muy distinta es que dicha teoría tenga o no consistencia en sí misma.

a:4.- La crítica de los politólogos (Shapiro).

Para los partidarios de la llamada political jurisprudence, cuando ni en texto constitucional ni el precedente son tajantes, el T.S. cumple una función política paralela a la que cumplen otros poderes públicos. No es ahora el momento de exami-
nar con más detalle en qué consiste esa función - de policy making del T.S. (97), pero sí de seña-
lar que para la corriente científica que se agru-
pa entorno a la citada premisa, la teoría de los principios neutrales no es más que un intento de neutralizar la political jurisprudence volviendo al viejo mito de que existen principios que viven por sí mismos en el mundo del Derecho y que son - descubribles por un método de pensar jurídicamen-
te. Esto para los politólogos no es más que un mi
to (98).

Su crítica no es tanto de los principios neu-
trales como de todos aquellos que proponen méto-
dos jurídicos, como distintos de políticos, de ad-
judicación constitucional, de ahí que dejemos la
hipotética respuesta para ese momento (99).

(b) La crítica favorable a Wechsler.

B:1.- El más sincero esfuerzo de interpretación -
de la teoría de los principios neutrales --
(Golding).

El artículo de Golding es probablemente el -
único cuya motivación consiste simplemente en tra-
tar de entenderlo (100). Resume así lo que él en-

tiende por principios neutrales: "(a) que el auténtico fundamento del fallo debe siempre aparecer en la sentencia; y (b) que el caso se ha deci dido así porque se entiende que es adecuado decidir casos de este tipo de esta forma". El segundo punto, naturalmente, se explica en términos de re ducción al absurdo (101). Trata de hacer comprensible las afirmaciones de Wechsler en el sentido de que los juicios "no sólo debe probarse si están bien hechos por la aplicación instantánea al caso/sino también por su aplicación a otros que hi potéticamente son alcanzados por dicho principio (102)": "Cuando se adelanta un principio como fun damento de una decisión", dice Golding, "y este principio daría lugar a que necesariamente se per mitiera que algún otro caso fuera tratado de manera diferente de la que por hipótesis debe ser tra tado siguiendo el principio, uno se ve forzado ó bien a distinguir los casos anteriores que se for mularon conforme a dicho principio, ó bien, si és to falla, a rechazar directamente el principio -- cambiando la doctrina jurisprudencial (103)".

Con ello, quiere decir que si un principio -- elegido lleva a la absurda conclusión de su recha zo en un caso previsible, no puede ser aplicado -- puesto que entonces no se trataría de un princi pio general y neutral.

Por tanto Golding explica la neutralidad de los principios de Wechsler ("que trascienden al caso que se enjuicia en ese momento") como neutra lidad "en la aplicación del principio, no como -- neutralidad del principio en sí mismo (104)". De hecho el argumento de reducción al absurdo fue --

utilizado más tarde por el mismo Wechsler para explicar por qué los casos que aplican la acción pública a contratos de compraventa de casas en urbanizaciones no fueron decididos realmente conforme a los principios neutrales (105).

El hecho de que Golding sea un auténtico lector "de buena fe" de Wechsler, nos hace tomar especialmente en cuenta su confesión de "inhabilidad para entender a Wechsler si éste requiere en realidad que la elección entre valores ... sea hecha sobre la base de principios generales y neutrales (106)". Es decir, para Golding, la teoría de los principios neutrales sólo puede entenderse como si éstos fueran requisitos formales de la sentencia pero nada más. No sirven entonces para darnos el "contenido" de lo que deba ser una sentencia constitucional en un caso concreto. No hay un método jurídico de interpretación de la Constitución; sí hay un método pero en la forma de plasmar el resultado de la interpretación cualquiera que sea el método por el que éste se haya llevado a cabo.

b:2.- Interpretando a Wechsler y siendo consciente de algunos de sus errores (Greenawalt).

Greenawalt ha sido quien más recientemente ha intentado clarificar la posición de Wechsler haciéndole más comprensible y defendiéndole contra interpretaciones erróneas (107). Su artículo arroja mucha luz en muchos de los puntos más conflictivos. Pero difiere de Wechsler en varios puntos.

a) No concuerda con Wechsler en la proposición de que la única política judicial que un tribunal debe tener siempre en cuenta es el método de adjudicación conforme a principios neutrales. Greenawalt admite al menos otras dos posibles políticas judiciales. La primera viene por la necesidad de la búsqueda de la unanimidad, o incluso de la mayoría, en casos concretos que puedan justificar a veces la emisión de sentencias que se apartan de los principios neutrales (108). Con ello, quiere significar que la búsqueda de la unanimidad, o incluso por la mayoría, supone la entrada en juego de otra política judicial de búsqueda de la legitimidad como autodefensa frente a la opinión pública contraria al resultado que la sentencia produce (109); es decir, el reconocimiento de que la jurisprudencia consiste a veces en "documentos desesperadamente negociados (110)".

La segunda política judicial que puede motivar que en un caso concreto se escondan los reales motivos de la decisión consiste en que las circunstancias del caso lo hagan tan especial por motivos de equidad que haya que hacer caso omiso de los principios (111).

Sin embargo, ni la primera ni la segunda tienen por qué realmente avergonzarse de salir al exterior como si fueran ellos mismos principios que son hipotéticamente aplicables en otros casos.

La propuesta de Greenawalt resulta una de "posición intermedia en la defensa de los principios neutrales, posición que permita su sacrificio ocasional pero que les contempla como un as-

pecto muy importante del papel judicial, aspecto - que debe ser tomado intrínsecamente en considera-- ción por todos los jueces individuales (112)". En todo caso, desde luego, su propuesta no cambia de-- masiado la teoría de Wechsler. Afecta sólo a la ne cesidad de razonamiento que trascienda al exte-- rior, y no realmente a los principios neutrales en sí mismos.

b) Pero es que además Greenawalt parece in-- turir los verdaderos límites de la teoría de los - principios neutrales cuando afirma que "en el cuer po del ensayo de Wechsler, no hay una discusión di recta de la posible distinción entre los distintos principios que puedan avanzarse como soporte de -- una decisión, sino la simple asunción persuasiva - de que los jueces están por supuesto limitados a - principios que tienen relevancia jurídica (113)". Cita las propias palabras de Wechsler: el papel de los jueces al revisar la legislación consiste en - la constatación conforme a principios neutrales de "valores que se puede razonablemente afirmar que - tienen dimensión constitucional (114)". El tema es tá entonces auténticamente planteado: ¿cuáles son esos principios que tienen relevancia jurídica? - Greenawalt, como Wechsler, tampoco resuelve este - problema.

b:3.- Aplicando sus principios neutrales con otro resultado (Pollak, Henkin).

Gran parte de la doctrina ha utilizado las he rramientas de Wechsler no para criticarlas en sí - mismas como teoría sino para precisamente demos-- trar que algunas de las decisiones que él había to-

mado como ejemplo de decisiones que no seguían -- principios neutrales, en realidad sí los siguen, Tomemos dos de los más citados. Tanto Pollak como Henkin (115) confiesen creer en la noción de principios neutrales, pero su tarea consiste precisamente en hacer que el resultado de la teoría, especialmente en Shelley (116), sea defensible en -- términos de dicha teoría. En todo caso, como ---- Greenawalt ha dejado claro, el problema deviene -- entonces uno de fallo del T.S. para exponer cuál -- les fueron los principios que realmente decidie -- ron esos casos (117), pero no puede criticarse la teoría de los principios neutrales en sí misma.

b:4.- Llevando a Wechsler a una concepción del -- proceso de interpretación judicial totalmen -- te distinto de aquélla que él mismo confie -- sa que profesa (Bork).

Bork pretende que "donde los materiales cons -- titucionales no especifican claramente qué valor debe tener prevalencia, no existe ningún modo de decidir conforme a principios neutrales ninguna -- pretensión de prevalencia de un valor sobre otro. El juez debe seguir a todo trance el texto y la -- historia así como sus implicaciones y no cons ---- truir nuevos derechos (118)". Bork utiliza en con -- creto todas aquellas cláusulas susceptibles de -- dar contenido a nuevos derechos sustantivos para criticar al T.S. Ni el concepto de igualdad (119) ni el de due process (120) son para él suscepti -- bles de ser estructurados conforme a principios -- neutrales.

Su posición consiste entonces, como ha dicho

Perry, en "que los tribunales pueden alcanzar la neutralidad en la definición y derivación de leyes constitucionales sólo rehusando a desarrollar sus normas constitucionales no claramente especificados en el texto constitucional (iluminado por la voluntad de los constituyentes) (121)", ó, en palabras del mismo Bork, "donde la Constitución no contiene un juicio de valores éticos o morales, el juez carece de base ... para dejar de lado el juicio de la comunidad reflejado en la ley. Y --- esos valores subjetivos son, por definición, inadecuados para fundamentar en ellos la supremacía judicial. La alternativa entre valores sociales - se resuelve siempre precisamente en la promulgación y publicación de la ley. El poder judicial no tiene otro papel que jugar más que el de aplicar esa ley de una manera imparcial (122)".

Por supuesto, Wechsler no dijo nada de esto en absoluto (123). Por el contrario, su método --- pretende ser precisamente útil para todas estas situaciones en las cuales ni el texto ni la voluntad constituyente proporcionan una respuesta clara.

b:5.- A la búsqueda de un compromiso entre Wechsler y la prudencia política (Bickel).

La construcción de Bickel ya nos es familiar (124). Admite la necesidad de que existan decisiones conformes con los principios neutrales siempre que el T.S. decida entrar en el fondo de cualquier asunto. Sin embargo, las decisiones disconformes con dichos principios, basadas sólo en con

sideraciones prudenciales, son precisamente el mecanismo utilizado por el T.S. cuando aplica las -- llamadas "técnicas de elusión" (125).

Bickel reconoce que no basta con los principios neutrales para enjuiciar cuestiones constitucionales: "¿Cómo se encuentran los valores?, ¿qué peso respectivo debe dárseles cuando entran en -- conflicto con otros valores o intereses contrarios?. La regla de los principios neutrales no -- responde a estas preguntas (126). Para Bickel está claro, por ejemplo, que en Brown I (127) el T.S. prefirió la libertad de asociación (contraria a -- la segregación) sobre la libertad de no asociación (que había justificado la doctrina de "separados pero iguales"). Sin embargo, Bickel concuerda con Wechsler en que esa elección no constituye un principio neutral porque no es susceptible de aplicación neutral futura en todos los casos pre-visibles. "Si para que una regla de acción sea posible en nuestra sociedad hay que llegar a ella -- mediante la modulación de compromisos pragmáticos, esa regla no es entonces un principio, sino una -- simple componenda basada en la oportunidad ... Y corresponde a los órganos representativos, y no a los tribunales, imponer soluciones de oportunidad (128)".

Ello no obsta, pues, para que pueda decirse -- que Bickel acepta la tesis de Wechsler, aunque hay una gran diferencia en el resultado: mientras para Wechsler cuando el T.S. hace uso de esas técnicas, con la salvedad del certiorari (129), debe hacerlo también conforme a principios neutrales (130); --

Bickel, que confía mucho más en la función simbólica del "no actuar" del T.S. (131), propondrá la utilización de todas las técnicas de rechazo de jurisdicción cuando no sea posible la formulación de los principios neutrales, usando así el T.S. - de la prudencia política. Las "virtudes pasivas" se convierten así en una de las piezas fundamentales del sistema siguiendo la tradición de self-restraint de la que J. Frankfurter fuera su máximo defensor (132).

b:6.- La auténtica crítica a la tesis de Wechsler (Deutsch, Mueller y Schwartz, Ely y Richards).

El gran crítico de toda la corriente wechsleriana-bickeliana fue sin duda Deutsch. En otro célebre artículo, el entonces profesor de la Universidad de Yale empezó a encauzar el tema por el camino adecuado. (132 bis)

Partiendo de la aparente contraposición entre la "tradición académica" (133) y la "jurisprudencia política" de Shapiro (134), Deutsch llegará a un agudo análisis de las insuficiencias de ambos, señalando sus contraposiciones reales a la vez que sus puntos de confluencia.

Dejando aparte el tema específico de la crítica a la posición política pura de los teóricos de dichas ciencias (135), Deutsch analiza todos los posibles significados de las posiciones de Wechsler y Bickel, fase por fase, para llegar a -

la conclusión de que en último término es la prudencia judicial en la asunción del consensus social lo que vendrá a justificar o no el judicial review, para afirmar, a la vez, el inexcusable valor del método. Lo primero acercará la tradición académica a la política; lo segundo las diferenciará.

Para Deutsch la contraposición básica entre la jurisprudencia ad hoc y la jurisprudencia que obedece a principios neutrales no es sino una forma escondida de expresar otro dilema: el carácter democrático de los órganos representativos frente al antidemocrático de los judiciales, ya que sólo a éstos últimos se les pide una motivación y justificación especial (neutral) de sus actos (136).

Sin embargo, esta última contraposición pura y simplemente no es real, al menos, no es una contraposición completa e intangible, pues resulta - probado (o al menos probable) que ni los órganos representativos son tales siempre (haciendo disquisiciones sobre el carácter principalmente simbólico o legitimador de la representación política parlamentaria), ni se puede decir que el electorado no influya sobre el T.S. (tanto por medio de los nombramientos de sus miembros como por el reflejo de las corrientes sociales que se aprecia en su jurisprudencia) (137).

Independientemente de ello, si damos por válida la premisa anterior, no deja hipotéticamente de tener valor la necesidad de que los jueces jus

tifiquen de forma especial sus precisiones. Deutsch interpreta que (a) Wechsler está hablando no de la formulación sino de la aplicación de principios --- (138); (b) la generalidad de dichos principios es -- una afirmación incontestable e indiscutible, ya que el propio concepto de principio lo presupone; es -- una especie de afirmación tautológica; y (c) la neutralidad no es sino el test a aplicar para compro-- bar la efectiva generalidad del principio en su --- aplicación a casos concretos (139).

Pero para que tal test funcione hay que creer que se puede en un momento dado estructurar un sistema global coherente de Derecho Constitucional, lo que es pura y simplemente irreal (140), porque en -- todo sistema constitucional hay valores contrapuestos que tienen que ser equilibrados atendiendo a -- una multiplicidad de factores. Concuerda, pues, con Bickel en su planteamiento pero, al contrario que -- éste, en vez de rechazar en estos casos el ejerci-- cio de la justicia constitucional, redefine a Wechsler de forma que "un principio neutral es aquél que es percibido como general en el contexto histórico en que se aplica (141)". La diferencia entre los resultados de Wechsler-Bickel y los del T.S. reside, pues, en la percepción de ese contexto histórico, o lo que es lo mismo, en factores extraños a la lógica de la neutralidad-generalidad. Y aquí es donde -- confluyen precisamente para Deutsch la prudencia política de los científicos de la política con las -- técnicas de rechazo de la jurisdicción o de convali-- dación de las acciones de otros poderes de los académicos del Derecho.

Sin embargo, no queda ahí cerrado el ciclo, - pues, para ello, es necesario examinar el mecanismo de la recta apreciación de ese contexto histórico que diferencia las tesis de Wechsler-Bickel y - de Deutsch. Para éste último, como en cierto modo para Wright (142), las percepciones de los juristas no tienen por qué coincidir con las del pueblo en general. De hecho, mientras para los primeros - la percepción legitimadora de una decisión reside en el método (especialmente para Bickel, con su -- contraposición entre el distinto valor legitimador del hacer y no-hacer del T.S.), para el segundo, - la aceptación de las sentencias del T.S. reside en gran medida en su fe en el tribunal como guardián de los derechos constitucionales. Ahora bien, --- Deutsch se da cuenta de que en último término las sentencias del T.S. podrían reducirse a un cálculo de probabilidades acerca de la hipotética aceptación popular de las mismas; lo que le acercaría a la más pura "jurisprudencia política". Por ello, - reconoce que "si las decisiones del T.S. tienen -- una especial importancia (por encima de las opiniones de otros poderes constitucionales a los que se imponen) debe haber algo que las distinga y ese algo es lo que ignora la jurisprudencia política --- (143)". Es ni más ni menos este aspecto institucional del T.S. como órgano constitucional supremo lo que hace crecer en importancia al método: ya que - sólo ante el pueblo responde, debe dar al pueblo - las razones claras de sus decisiones (144). Y este aspecto de autodefinición de su papel institucional, es decir, un aspecto a la vez sustantivo y metodológico, que en último término enlaza con el moderno concepto de "autoridad" de la policy-oriented jurisprudence (145), aunque Deutsch no lo diga

así expresamente, es el aspecto que ni la jurisprudencia política ni los principios neutrales toman en consideración.

Ese ir más allá del método (consensus social y autodefinición institucional) constituye precisamente para Deutsch el fallo de los principios neutrales: son meramente formales por no tener en --- cuenta el contexto histórico (ajeno totalmente al método).

Ely y otros se encargarían de resaltarlo con mucha más crudeza.

A una postura semejante en el planteamiento --- que hicieran Bickel y Deutsch llegaron igualmente Mueller y Schwartz (146). Tanto Bickel como Deutsch llegan al irreductible dilema de la posibilidad de existencia de valores contrapuestos de rango, todos ellos, constitucional. Para Bickel el dilema --- es irresoluble para la justicia constitucional debiendo abstenerse de hacer pronunciamiento alguno; para Deutsch esa abstención equivale a un pronun--- ciamiento por lo que es la apreciación del consensus social lo que debe recogerse.

Mueller y Schwartz se limitaron a resaltar el dilema para poner de relieve la insuficiencia de --- la teoría de los principios neutrales. En determinado momento, dicen, la generalidad y la neutralidad deben aplicarse a elecciones tan complejas que ni la una ni la otra sirven en absoluto como crite rio: "la generalidad y la neutralidad quedan al --- borde del colapso donde las áreas de elección entre valores devienen demasiado complejas (147)". -

Tiene, pues, que añadirse un plus a los factores - decisorios que ni la generalidad ni la neutralidad por sí mismas rellenan. O, si se toman éstas en se rio, simplemente servirían para recortar la jurisdicción constitucional en cuanto la sentencia necesitara escoger entre dos valores contrapuestos --- (148), lo cual vendría a dar al traste con la casi totalidad de la jurisprudencia constitucional desde Marbury v. Madison (149).

Ha sido probablemente Ely el profesor que más claramente ha explicado, entonces, el problema básico de la teoría de los principios neutrales.

"Lo que es relevante es el hecho de que, embelecida por la literatura subsiguiente, la sugerencia de Wechsler adquirió otra dimensión, una que no está enteramente claro si realmente era suya ó no. Los principios neutrales devinieron no simplemente un requisito adecuado para el comportamiento judicial sino también, en las mentes de muchos juristas, una fuentes de interpretación constitucional -una condición suficiente y necesaria del procedimiento decisorio constitucional-. La articulación de un principio neutral, parecía correr la idea, es en sí misma suficiente garantía de que el T.S. se está comportando adecuadamente ... El punto que aparece con toda claridad desde el momento en que se sostiene la posición contraria es el de que una insistencia en los principios neutrales no nos dice en sí misma absolutamente nada útil acerca del contenido adecuado de esos principios o acerca del cómo el T.S. debe deducir los valores en ellos plasmados ... Los requisitos de que las deci

siones sean conforme a principios generales y neutrales no nos proporcionan una fuente de contenido sustantivo (150)".

O, en palabras de Richards, "la idea de adjudicación conforme a principios neutrales es ... completamente formal ... Cualquiera que sea el contenido sustantivo de los principios aplicables, esos -- principios tienen que ser aplicables imparcialmente a todas las personas a quienes hipotéticamente debe aplicarse la regla; casos iguales deben ser tratados iguales ... Para justificar o incluso para explicar la institución de la supremacía judicial, debemos movernos más allá ... de Wechsler hasta temas sustantivos, no de justicia meramente formal (151)".

Una forma más gráfica de expresar las críticas de todos estos autores es la exposición del profesor Moore. Podemos imaginarnos muchísimos principios neutrales que caben perfectamente dentro de la definición de Wechsler, principios que automáticamente pueden ser rechazados como absolutamente carentes de sentido alguno. El ejemplo típico de -- principio general y neutral sería el de decidir los casos lanzando la moneda al aire. Ningún otro principio es más imparcial, ni más general o neutral y, por supuesto, trasciende al resultado buscado desde el momento en que se aplique siempre esa misma regla (152). Y, sin embargo, todo el mundo está de -- acuerdo en que este principio neutral por excelencia no tiene sentido alguno, pese a que el juez --- Bridgely diera más de una razón para decidir los litigios por la suerte de los dados (153).

¿Cuál es entonces la parte de verdad y la par-

te de falacia en la teoría de los principios neutrales de Wechsler?.

C.- LA PARTE VALIDA DE LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS NEUTRALES.

Lo primero que nos ha mostrado la teoría de los principios neutrales es que absolutamente todas las decisiones de los órganos judiciales, y en concreto de los tribunales constitucionales, deben hacer relucir en la sentencia los auténticos motivos fundamentadores del fallo, ó, como Myrdal ha puesto de relieve, que "una ciencia social desinteresada es ... puro sin sentido. Nunca ha existido y nunca existirá. Pese a ello podemos intentar racionalizar los mecanismos de decisión, pero sólo enfrentándonos a los juicios de valor, no eludiéndolos (154)".

En realidad, que sólo manifestando al exterior claramente los motivos de las decisiones puede alcanzarse la racionalidad, y controlarse así, es una de las mayores conquistas de las sociedades modernas (155), pese a que en el mundo continental la absoluta primacía de la "teoría oracular" de la función judicial, unida a aspectos simbólicos de la autoridad en la administración de justicia, hayan ocultado este aspecto durante siglos.

Pero además la teoría de los principios neutrales nos ha enseñado que debe tratar de razonarse todo el proceso decisor. Sólo así decisiones que suponen ejercicio de poder por órganos casi siempre irresponsables, pueden ser sometidos al control social.

Cuando esos órganos incluyen además sobre el conjunto de la organización política básica, las pretensiones de plasma--

ción exterior del mecanismo decisor alcanzan su máxima extensión.

Pero fuera de este aspecto exterior a las decisiones, - la teoría de los principios neutrales también tiene un contenido perfectamente aprovechable y éste consiste en la idea - de que, fueren cuales fueren esos principios, tienen que producir la coherencia total con los casos anteriores y poste-- riores.

Coherencia no significa seguir el precedente, sino disttinguirlo cuando efectivamente sea distinguible o cambiar de doctrina cuando la solución del nuevo caso lleve a una invalidación del principio jurisprudencial enunciado en casos anteriores.

Respecto de la jurisprudencia futura, la teoría de los principios neutrales lo que propone es igualmente coherencia: que el principio que se anuncia en el caso que se examina no lleve al absurdo de que casos hipotéticamente análogos, imaginables o previsibles en el mismo momento en que se enuncia el principio, lo hagan ya, desde ese momento, inaplicable.

Por ello, recogió Wechsler en su segundo artículo la explicación de Golding acerca de los principios neutrales como argumento de reducción al absurdo.

Esta formulación de los principios neutrales impone a - su vez el rechazo de la jurisprudencia justificada exclusivamente como aplicable al caso superconcreto (sin pretensión - de que pudieran surgir otros a los que se aplicaría el prin-- cipio), salvo que se fundamente ese carácter superconcreto - en otro principio: el de que puede haber excepciones perfec--

tamente superconcretas al principio.

Igualmente trata la teoría de limitar la excesiva repetición de sentencias cuyos principios son tan absolutamente abiertos que no se sabe de forma alguna a priori cuáles van a ser sus límites.

Volvamos a Wechsler para comprender su crítica a la jurisprudencia del Tribunal Warren.

Las decisiones per curiam que siguieron a Brown I (156) no fueron motivadas. El principio fijado en dicho caso era - el de que la separación en la educación produce desigualdad. El T.S. debía justificar entonces por qué se produce la desigualdad también si la separación es en otros campos: clases de golf, viajes en autobuses, ... etc., etc. El defecto sería el de la falta de justificación. Naturalmente lo que ocurría es que el T.S. no estaba incluyendo la educación como fundamento, sino diciendo pura y simplemente que toda separación genera desigualdad. El caso es que el T.S. lisa y llanamente no lo dijo así.

Shelley v. Kraemer (157), que no es del Tribunal Warren, por cierto, sino del anterior, del Tribunal Vinson, plantea el otro problema.

Lo que este caso sostuvo es que había suficiente acción pública en el hecho de que los tribunales dieran su fuerza - coactiva a convenios racistas privados de compraventas de inmuebles. El principio es hipotéticamente devastador: toda acción privada (salvo la obligación natural) es acción pública a efectos de su constitucionalidad o inconstitucionalidad, - porque la autotutela privada ha desaparecido de los ordena-

mientos jurídicos. De nuevo aquí Wechsler estaba equivocado. El principio que sustentaba Shelley no era ese, sino el de la caracterización como pública de actividades privadas que suponen una especie de semi-ó quasi-delegación. En este caso los contratos privados equivalían en eficacia a una ordenanza urbanística (158). Pero de nuevo Wechsler tenía razón: el T.S. no había dicho eso.

Ambos casos llevan en último término no a una crítica de los principios (como Pollak y Henkin pusieron de manifiesto), sino a una crítica de la falta de plasmación exterior de sus fundamentos.

En todo caso, ambos aspectos de la teoría de los principios neutrales son válidos.

Por otra parte, no conviene pasar por alto que la meta última del argumento de la reducción al absurdo del principio que se crea, es decir, el principio neutral y general que --- trasciende al resultado concreto, no es un fin en sí mismo, - ni un axioma de política judicial. Su meta no es sino la de perseguir el principio de igualdad en la aplicación del Derecho: en último término, la regla de que casos iguales deben ser tratados igualmente.

Finalmente, no cabe sino resaltar cómo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (159) ha puesto precisamente de relieve cómo esta forma de operar está ínsita en el mecanismo judicial.

D.- LOS LIMITES DE LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS NEUTRALES.

La gran crítica a la teoría de los principios neutrales

no se fija, sin embargo, en los aspectos anteriores. Desde Miller y Howell hasta Ely se produce una corriente que deja muy claro otro aspecto. Como dice Ely (160) no está claro si Wechsler pretendía con su teoría solucionar otro problema to talmente distinto: el de la sustancia (y no la forma) de los principios constitucionales.

Efectivamente, Wechsler formuló su teoría con preten---sión de generalidad. Todo lo que el T.S. tenía que hacer para interpretar correctamente la Constitución era hacerlo conforme a principios neutrales. De todas formas el propio ----Wechsler hablaba de otras fuentes (161) de donde extraer el contenido de dichos principios neutrales.

Lo que Ely y otros persiguen con su crítica es indicar y subrayar que eso es falso. Resulta obvio que los princi---pios neutrales por sí solos no hacen correcta o equivocada --una interpretación constitucional. Son las fuentes en sí mismas, totalmente ajenas a los principios neutrales, las que --en último término lo van a determinar.

La teoría de los principios neutrales queda así como requisito esencial pero totalmente insuficiente de la interpre---tación constitucional. En una palabra, cumplen el mismo pa--pel que la lógica en la estructuración de la sentencia. Remi---timos allí, por tanto, para acabar de perfilar el significa--do de la teoría de Wechsler y penetramos ahora en el corazón del problema de la interpretación constitucional: cuáles son las fuentes que dotan de contenido a los principios neutra--les, es decir, cuáles son las fuentes a que recurre el T.S. para especificar mediante la jurisprudencia los conceptos jurídicos muy indeterminados de que se compone prácticamente --la totalidad del texto constitucional.

IV: 3.- EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

"No obstante, podemos señalar que, si bien (el principio "non bis in idem") no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución (...) no por ello cabe silenciar que (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la Constitución". (STC de 26 de Enero de 1981. Recurso de amparo número 65/1980).

A.- LA LIMITACION PRIMARIA DEL TEXTO.

Hubo épocas en que la creencia de que todo estaba dicho en el texto constitucional sirvió para amparar en su claridad numerosas sentencias del T.S. El voto mayoritario de J. Roperps en United States v. Butler (162) es el ejemplo clásico: "La Constitución es la ley suprema del pueblo. Toda ley debe conformarse con sus principios. Cuando se impugna una ley del Congreso ante los tribunales por no ser conforme con el mandato constitucional, el juez sólo tiene que realizar una tarea: colocar el artículo invocado de la Constitución al lado de la ley impugnada y decidir si éste último cuadra con el primero".

Naturalmente esta simplificación, que quizás pueda darse en los mandatos superespecíficos cuando se comparan con leyes clarísimamente inconstitucionales, es totalmente irreal para la casi totalidad de las cláusulas constitucionales a interpretar.

Hasta el primer gran intérprete de la Constitución reconoció este hecho cambiando de óptica el simplista esquema que Marbury v. Madison (163) presentaba. Efectivamente, C.J. Marshall fundamentó el judicial review en Marbury como un proceso de interpretación legal sin especialidad alguna: "Per

tenece por esencia al juez la función y el deber de decir — cuál es la ley aplicable. Los que aplican las normas a casos particulares deben necesariamente interpretarla. Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben indicar la operatividad de cada una de ellas. Así pues, si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución son aplicables a un caso concreto de forma que el juez o — bien aplica la ley sin seguir la Constitución, ó bien aplica la Constitución sin hacer caso de la ley; el tribunal debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. En esto consiste la auténtica esencia del deber judicial".

Sin embargo, el propio C. J. Marshall se dió cuenta de que la tarea interpretativa no es ni mucho menos tan simple.

Efectivamente, en un pasaje célebre de McCulloch v. Maryland (164), el Chief Justice dictó una frase lapidaria: "no debemos olvidarnos de que lo que estamos interpretando — es una Constitución", frase considerada por algunos, como J. Frankfurter, como la más importante jamás pronunciada acerca del proceso de interpretación constitucional (165), ya que — diversificó la interpretación de forma que a partir de entonces ya no se trataba pura y simplemente de interpretar un — texto legal normal.

Es precisamente este hecho lo que ha motivado la discusión acerca de la naturaleza de los tribunales constitucionales.

B.- LA TEORIA DE LAS DOS CLAUSULAS.-

Hoy en día es corriente oír hablar de dos tipos de cláusulas constitucionales, las normales y las llamadas abiertas

(open-ended; open-textured).

Esta teoría lo que pretende es diversificar la interpretación de cada una de ellas de forma que en las cláusulas -- más específicas es el texto (y su significación en el momento de su redacción) quien gobierna la decisión, mientras que en las segundas, conceptos jurídicos indeterminados por excelencia, serían los otros métodos de interpretación los que -- podrían y/o deberían utilizarse.

El origen de esta teoría, según Brest (166), se encuentra en Corwin, quien distinguió entre las palabras "que hacen referencia a las instituciones de gobierno, como 'jurado', 'legislatura' ó 'elección'" y aquéllas "otras que definen el contenido o sustancia de poderes o derechos como 'comercio', 'libertad' ó 'propiedad'". Las primeras tendrían -- "un significado rigurosamente histórico" y las segundas "habrían sido moldeadas deliberadamente según los puntos de vista de la sociedad contemporánea (167)".

J. Frankfurter llevó la teoría al T.S. en su voto concurrente en Lovett v. United States (168), donde indicó que -- las cláusulas abiertas "por su propia naturaleza, permiten -- un juego relativamente amplio de juicios legales individuales, ámbito que no existe en las otras".

La teoría, seguida a veces por el T.S. (169), ha dado -- lugar principalmente a que se discuta qué preceptos tienen -- uno u otro carácter, llegándose a la conclusión de que tanto las instituciones como los mecanismos procedimentales específicos (bill of attainder, habeas corpus, ... etc.) son cláusulas específicas, mientras que las cláusulas que hacen referencia a derechos sustantivos, especialmente las de la enmienda 14, no lo son (170).

Sin embargo, aunque se sigue hablando de cláusulas --- abiertas, esta teoría ha caído hoy en desuso, pues ni las - cláusulas específicas conllevan necesariamente una congela- ción de significado (171), ni el que los conceptos sean in- determinados conlleva automáticamente el que se deseche el argumento histórico (172).

En último término, los conceptos son más o menos inde- terminados según su propia esencia y no según el método in- terpretativo que deba seguirse.

Naturalmente en los más específicos las posibilidades de interpretación son menores, pero como dijo J. Holmes, -- "eso es un axioma más que una norma de interpretación (173)".

Sí resulta, pues, cierto que existen conceptos más inde- terminados que otros, pero eso no conlleva automáticamente la congelación de su significado al momento constituyente. Esta última conclusión será fruto de que se adopte o no de- terminada posición metodológica entorno al problema del ori- ginalismo (174), pero no puede justificarse acudiendo al -- texto por sí mismo como fuente.

C.- EL LLAMADO ABSOLUTISMO.

El "absolutismo" es uno de esos términos (como activis- ta, result-oriented, liberal o conservador ... etc.) que en- globa un fenómeno ambiguo y difícil de describir con preci- sión (175).

De hecho, en su versión más amplia, implica el entendi- miento de que la norma se aplicará o no siempre que se pro- duzca o no el supuesto de hecho, con total independencia de

los intereses en juego, ó, en palabras de J. Black, con total independencia de "cuestiones de razonabilidad, proximidad o grado (176)".

En este sentido amplio, gran parte de las subnormas — constitucionales que dicta el T.S. en sus fallos, son absolutas. Los supuestos principios neutrales son precisamente normas absolutas, pues, uno de sus predicados es el de que se apliquen a todo supuesto de hecho previsible. La definición del número de miembros necesarios en un jurado, la definición de un mercado común a efectos de la cláusula de comercio, la categorización como sospechosa de una clase o como fundamental de un interés, el test mismo de la racionalidad, el momento de la asistencia letrada al deternido, los avisos de sus derechos al que va a ser interrogado por la policía, ..., etc., etc., prefiguran situaciones en las que la constitucionalidad o inconstitucionalidad viene determinada por una operación de subsunción. Prácticamente el uso de todos los métodos interpretativos, salvo el del balan-
cing de intereses, conlleva algo de "absolutismo" (177).

Sin embargo, existe una modalidad de "absolutismo", — precisamente la que dio origen al término, que está íntimamente ligada al texto constitucional como método de inter-
pretación, siendo J. Black su máximo exponente.

Efectivamente, esta postura viene a predicar que allí donde el texto constitucional es relativamente claro, éste es la fuente primaria y única de interpretación, aunque — ello vaya contra el consensus o los valores de la mayoría — del pueblo.

El T.S. ha llevado a la práctica esta teoría al menos

en un campo constitucional y, en posiciones minoritarias, - en otro tan típico como la libertad de expresión de la primera enmienda.

En esta última es de sobra conocida la postura de J. - Black. Donde la primera enmienda dice que la ley no podrá - restringir la libertad de expresión, quiere decir eso literalmente: no puede haber ley alguna que la restrinja. Aunque esta postura nunca ha sido mayoritaria en el T.S., "no puede negarse que la concepción absolutista de Black es la pieza oculta que opera tras las sentencias de los últimos - 30 años (178)".

Otro de los campos donde el T.S. claramente ha afirmado el absolutismo del texto incluso contra corrientes muy - mayoritarias de la sociedad norteamericana ha sido el área de las prácticas escolares favorecedoras de la religión. -- Tanto Engel v. Vitale (179), declarando ilegal una oración oficial en un Estado, como Abington School District v. ----- Schempp (180), anulando prácticas de lectura de la Biblia y el rezo de la Oración al Señor (181), se basaron en la cláusula de aconfesionalidad del Estado contra viento y marea, pese a que las sentencias todavía no se cumplen en muchos - Estados (182). Se tratan de una de esas decisiones en que - el texto lo dice todo y no permite el juego de teorías como las de los valores, el consensus o la tradición y la historia.

D.- EL INTERPRETATIVISMO DE J. BLACK (183).

El valor del texto como única limitación a la actuación de los poderes públicos ha sido resaltado en la segunda mitad del presente siglo por obra y gracia de uno de los

mejores jueces del T.S., el ya citado J. Black.

Este magistrado del T.S. ligó el "absolutismo" al texto de la Constitución: "Creo que hay absolutos en nuestro Bill of Rights, y que fueron puestos allí intencionadamente por hombres que sabían lo que significaban las palabras, y que pretendían que sus limitaciones fueran absolutas (184)".

El texto se convierte para J. Black en la más eficaz defensa de los límites constitucionales. Todo cuanto se opongá al mismo, "por muy conveniente al interés público que sea (185)", es inconstitucional. En una palabra, "el documento siempre resuelve el conflicto (186)".

Su interpretativismo tiene, por tanto, el encanto, allure en la terminología de Ely (187), de pasar la legitimidad del judicial review en la soberanía popular: la Constitución como documento es la que une ambos y la que, según Black, dota de parámetros objetivos a la función de la justicia constitucional (188).

Efectivamente, si las palabras del texto hacen posible gran cantidad de límites a la actuación de los poderes públicos, aquéllas sirven, a la vez, de límite a la actuación de los tribunales: todo lo no prohibido a los poderes públicos les está permitido, aunque choque con la conciencia del juez o la ley sea totalmente irracional.

El Bill of Rights se "incorporó" a los Estados a través de la enmienda 14, pero sólo el Bill of Rights y no otros derechos (189), por muy en desacuerdo que esté la mentalidad liberal del juez con la ley que se impugna (190).

Sin embargo, pese a la revolución que sus ideas supu-

sieron en la teoría de la justicia constitucional, la "falacia" de su interpretativismo se considera hoy también manifiesta. No sólo su método no es más objetivo que el de ---- otros (191), sino que el interpretativismo a ultranza se -- considera imposible (192).

Efectivamente, cuando los conceptos jurídicos son muy indeterminados, el texto por sí mismo no sirve de límite a la interpretación judicial y la actuación de J. Black en el T.S. no es más que una confirmación de ello. Pese a que, como dice White, según J. Black "cuando el contorno de un precepto no está claro los jueces deberían apelar a la histo--ria, no a los impulsos sociales del tiempo en que se aplica ... para evitar que la supremacía judicial subrogue a la supremacía de la Constitución (193)", sin embargo, el propio J. Black unas veces lo llevaba a la práctica y otras no.

Ello conlleva que J. Black a la vez de interpretativista era, según propia confesión, originalista, al recurrir a la historia como la fuente subsidiaria del texto por exce--lencia. El propio J. Black intentó delimitar cuándo debía -- procederse a una interpretación literal y cuándo a la histo-ria. Los ámbitos materiales abarcados por cada precepto de-ben delimitarse atendiendo a otras fuentes distintas del -- texto, pero el aspecto de límite está claramente prefigura-do en éste. Así, por ejemplo, los límites a las libertades de la primera enmienda son absolutos, no puede haber ley -- que las restrinja, pero el ámbito material (scope lo llama él), es decir, si la pornografía está incluida o no en la -libertad de expresión (194), si el término personas incluye a las jurídicas (195), si el principio de igualdad hace re-ferencia sólo a la raza (196), qué es fianza excesiva, cas-tigo cruel o arresto irrazonable (197), ... etc., etc., de-ben, todos ellos, solucionarse recurriendo a otras fuentes;

para él, la historia.

Pero es que además, si a veces efectivamente J. Black utilizaba el método histórico, como al rechazar que la palabra personas de la enmienda 14 se aplicase a las jurídicas (198) o como para rechazar que la cláusula de igualdad de la misma enmienda incluyera las discriminaciones por razón de sexo (199), otras veces hacía caso omiso de la historia, como al enjuiciar la distribución de distritos electorales (200) o el derecho a la asistencia de letrado (201) y, otras veces, finalmente, aunque los fundamentos estuvieran razonados históricamente, el fallo no era concorde con esos razonamientos (202).

Lo más importante empero no es sólo que la fuente dentro de cada concepto indeterminado no sea sólo la historia, sino la que a él se le ocurriera, básicamente sus propios valores como afirmó Bickel de J. Black (203), sino que, en primer lugar, parte de su jurisprudencia no tenía apoyo -- textual alguno como en el caso de su teoría de la incorporación (204) y, en segundo lugar, lo que es más importante, a veces el texto autoriza expresamente a los jueces a buscar otras fuentes, como ocurre con la novena enmienda o la cláusula de privilegios e inmunidades de la enmienda 14, -- pero en estos casos J. Black prefería pura y simplemente -- ignorar que el texto pudiera presentar esta textura tan -- abierta; Ely basa, por ejemplo, la crítica del interpretativismo como totalmente imposible en la acusación a J. -- Black de haber olvidado consciente y voluntariamente que -- dichas enmiendas ofrecieran esas posibilidades (205).

En último término, dice Ely, J. Black sólo aplicaba -- literalmente las cláusulas que le interesaban porque su vi

sión del judicial process le impedía leer literalmente las cláusulas que otorgaban a los jueces total discrecionalidad para constitucionalizar otros derechos.

"Realmente hay diferencia entre ignorar un precepto (como la primera enmienda) porque a uno no le gustan sus implicaciones sustantivas e ignorar (como hace J. Black) un precepto (como la novena enmienda) porque a uno no le gustan -- sus implicaciones institucionales, pero realmente la diferencia es insignificante (206)".

A J. Black no le gustaba la función creadora de los jueces (207), por lo que para ello traicionaba su propio método cuando llegaba a las cláusulas abiertas.

Pese a ello, es falso que J. Black "disfrazara" sus valores en la letra de la Constitución, como afirmó Bickel --- (208), ya que cuando su ideología liberal implicaba sobrepasar sus límites metodológicos, como en Griswold (209), el célebre juez se opuso a imponer sus propios valores por entender que el texto de la Constitución no lo autorizaba.

Así pues, en último término, las cláusulas abiertas suponen la inutilidad del método interpretativista puro, como supondrán las del originalismo. En las cláusulas más específicas el método resulta inútil, porque se admiten otras fuentes incluso por los más literalistas y en las cláusulas con conceptos más indeterminados también resulta inútil porque -- los literalistas las olvidan para salvar sus concepciones -- institucionales.

No quedaría completa esta nota acerca de J. Black si no se reflejara que, así como entendía que el lenguaje de la -- Constitución era claro y tajante, el resto del lenguaje cons

titucional, principalmente las sentencias del T.S., debían tener igualmente el mismo tipo de lenguaje claro (210).

De todas formas, nunca llegó a profesar una filosofía del lenguaje del tipo de la analítica lingüística (211).

IV:4.- LOS ANTECEDENTES HISTORICOS Y LA INTENCION DE LOS --
CONSTITUYENTES.

"No obstante, podemos señalar que, si bien (el principio "non bis in idem") no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo ... no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia". (STC de 16 de Enero de 1981. Recurso de amparo número 65/1980).

A.- INTRODUCCION.

La intención de los constituyentes (framers en la terminología hoy clásica en la historia norteamericana) es la segunda fuente más ligada al texto por el fácil argumento de que aclara a aquél, gozando, por ende, de la legitimidad de la Constitución y de su ratificación popular.

Su fundamento es claro: todo ejercicio de la jurisdicción constitucional, que se aparte de esa intención, es una usurpación de poder, sobre todo si tenemos en cuenta que -- los métodos subjetivos de interpretación de las normas gozan en Estados Unidos de una tradición mucho mayor que en el ámbito continental donde el impulso de la escuela de la exégesis lanzó por nuevos derroteros a la teoría de la interpretación (212).

El tema, pese a ser viejo, ha cobrado además reciente-

mente un vigor inusitado en el campo doctrinal por obra de Berger, cuyo GOVERNMENT BY JUDICIARY, de 1977, es un alegato directo contra esa usurpación en contra de la intención de los constituyentes (213).

Al igual que con el interpretativismo, el originalismo como fuente ha tenido grandes defensores dentro del T. S., entre los que destacó, sin duda alguna, J. Sutherland, cuyo voto particular en Home Building and Loan Association v. Blaisdell (214) resume perfectamente toda la filosofía del originalismo: "Los preceptos de la Constitución Federal son indudablemente flexibles en el sentido de que en determinados casos tienen la capacidad de poder extenderse a toda nueva situación que caiga dentro de su significado. Pero su significado no cambia. Sólo su aplicación es extensible ... La única finalidad de la interpretación, cuando se refiere a preceptos constitucionales, consiste en descubrir su significado, en identificar y dar efecto a la intención de sus redactores y del pueblo que los adoptó ---- (215)".

Pero aun así, J. Sutherland, el más destacado originalista dentro del T.S., matizaba cuidadosamente sus afirmaciones. En Euclid v. Ambler County (216) afirmó: "Mientras el significado de las garantías constitucionales nunca varía, su ámbito de aplicación debe expandirse o contraerse para enfrentarse a las nuevas y diferentes condiciones que constantemente entran en su campo de operatividad. En un mundo en cambio, es imposible que fuera de otra forma".

Otra variante del originalismo es la que hace hincapié no en la intención de los constituyentes o en las nociones que acerca del mandato constitucional ostentaba el pueblo en general, o las élites sociales que la soportaron,

sino en el desarrollo histórico de los principios constitucionales desde su origen hasta la actualidad. La historia como fuente interpretativa no tiene que estar pues necesariamente vinculada a la interpretación de la voluntad de los constituyentes.

De hecho, el mejor tratadista del uso de la historia hecho por el T.S. (217), indica que pueden configurarse varios tipos de argumentos históricos como fundamentos de las sentencias. Aparte del argumento estrictamente originalista, averiguación de la intención de los constituyentes, existen otros tipos de historia como fuente: la historia interna (precedente y en general historia del Derecho) y la externa (historia socio-económico-política: historia general). Todas ellas han sido utilizadas ampliamente por el T.S. e incluso éstas dos últimas más que la historia como interpretación "intencionalista" (218).

Esta última tiene la finalidad de explicar el texto constitucional mientras que la otra sirve para revelar las condiciones sociales en los Estados Unidos desde la ratificación de la Constitución, condiciones que pueden tener relevancia como fuentes independientes en las decisiones judiciales, sea en su versión de historia del Derecho, sea en su versión de historia general (219).

B.- EL USO CONCRETO DE LA HISTORIA POR EL T.S.

Desde un punto de vista cuantitativo, tanto la historia como intención de los constituyentes, como la historia general o del Derecho "han jugado un gran papel en la jurisprudencia del T.S. (220)".

Parte de la doctrina indica, sin embargo, que el uso

de esta fuente interpretativa es una de las "falacias" más patentes de toda la historia del enjuiciamiento constitucional (221). Por ello, conviene precisamente repasar cuál sea el uso que de la historia deba hacer el T.S. para comprobar si efectivamente su uso ha sido o no una "falacia".

Todo el mundo concuerda en que en la gran mayoría de los casos la historia del T.S. no es realmente objetiva y adolece de serios defectos técnicos (222). Pese a ello, la doctrina se hace la siguiente pregunta: ¿debe ser perfecto el análisis histórico por el T.S. para ser utilizada válidamente la historia como fuente?.

La respuesta a la pregunta exige examinar las dificultades que el método ofrece.

La primera de ellas la impone el propio método de adjudicación. "La Constitución como un todo no puede ser objeto de una interpretación coherente sino que esa interpretación sólo puede hacerse con motivo de casos concretos y refiriéndola a cláusulas constitucionales concretas (223)".

La segunda dificultad reside en que las palabras cambian de significado con el paso del tiempo, de ahí que descubrir las intenciones de los constituyentes exija retrotraerse a la mentalidad del siglo XVIII (224).

La tercera hace referencia a las contradicciones de muchos de los datos históricos. Como dijo J. Jackson, "un siglo y medio de debate parcialista y académico no proporcionan un resultado claro, sino que sólo aportan citas más o menos aptas en ambos lados de cualquier disputa, que en gran parte contradicen la una a la otra (225)".

La cuarta objeción es más sustantiva porque incide en la posibilidad misma de la existencia de la voluntad constituyente: ¿cómo se investiga la intencionalidad de los órganos colectivos? ¿quiénes ostentaban realmente el poder constituyente? ... Como dice Miller, "tratándose de la adopción de la Constitución, las fuentes son los artículos de la confederación, las leyes que la desarrollaban ..., los boletines de sesiones de la convención, los borradores y anteproyectos, el diario a ella relativo de Madison, la literatura federalista y antifederalista durante la campaña de ratificación, los diarios de sesiones de los Estados que la ratificaron, los debates y la legislación del primer Congreso y los escritos y obras de hombres considerados como los auténticos framers (226)". Es decir, existen tantísimas fuentes históricas que averiguar qué deba entenderse por intención de los constituyentes resulta casi imposible.

Sin embargo, estas dificultades de tipo técnico podrán representar complejidad, pero no imposibilidad de averiguación de la intencionalidad subjetiva del texto constitucional (227). Por otra parte, la historia no ofrece por sí misma una solución tajante ya que, dejando aparte la equivocidad de sus resultados que hipotéticamente al menos un historiador puede resolver, puede contradecir a otras fuentes de igual o mayor legitimidad. Es decir, además del problema -- que representa el que, como dijo J. Frankfurter, no interesa investigar en el Derecho Constitucional "qué palabras -- usaron Madison y/o Hamilton, sino qué tenían in mente cuando hicieron la Constitución (228), existe el problema de -- que aunque se sepa qué tenían in mente la respuesta que se obtenga no puede considerarse como absolutamente correcta, ya que el texto mismo puede contradecir lo que los constituyentes pensaron, como ocurre típicamente con las open-ended provisions (229).

La historia en el segundo sentido, es decir, no como intención de los constituyentes, también puede igualmente contradecir abiertamente precisamente la intención de los constituyentes, como ocurre con la tradición del common law inglés cuando se enfrenta a los procedimientos de garantías procesales que fueron configurados precisamente como tales garantías frente a dicho common law (230).

Finalmente, la historia como intención de los constituyentes puede contradecir a la historia como proceso posterior, como en el célebre caso de Dred Scott (231), donde si bien C. J. Taney tenía razón al señalar que conforme a las intenciones de los constituyentes no podía suprimirse la esclavitud, la historia norteamericana hasta ese momento demostraba precisamente la constitucionalidad del compromiso de Missouri, como se encargó de resaltar muy acertadamente el voto particular en dicho caso de J. Curtis (232).

Si el uso de la historia como intención plantea problemas, lo mismo puede decirse de la historia constitucional como proceso.

Miller indica que el T.S. la utiliza en formas más variadas que las de la historia como intención, señalando cuatro usos típicos: el primero plantea el problema básico de las open-ended provisions, al argumentarse que la intención de los constituyentes fue precisamente la de que el T.S. utilizara la historia constitucional posterior como fuente; el segundo, que es el más común, consiste en el "ensayo histórico" que sigue las vicisitudes de una cuestión constitucional a lo largo de la historia; el tercero resulta de la "captación del espíritu de la Constitución" mediante citas de autores, documentos o hechos relevantes; y el cuarto consiste en retrotraer desde el presente hacia atrás, con el punto de mira puesto en lo que "ha llegado a ser" el país,

más que enfocándolo como el estudio acerca de dónde proviene Estados Unidos (233).

En todo caso, lo que a nosotros más nos interesa es - que existe una prácticamente total unanimidad en la acusación al T.S. de que fuere cuál fuere cualquiera de los cuatro caminos usados, la perfección en el uso del método histórico está muy lejos de alcanzarse.

Si en general el estudio de la jurisprudencia del T. S., es decir, cómo ha hecho el T.S. uso de la historia como fuente, nos puede indicar cuáles son los principales -- problemas y las distintas modalidades de dicho uso, no nos dice por qué debe usarse con preferencia sobre otros métodos o por qué se utiliza a veces una modalidad de historia en vez de otra. Esto pertenece precisamente al campo del debate del originalismo y de la historia como fuentes cuyo valor dependa de sí mismas.

C.- LAS CORRIENTES A FAVOR Y EN CONTRA DEL ORIGINALISMO.

Las posiciones a favor y en contra del originalismo - en la doctrina norteamericana son susceptibles de graduación atendiendo al mayor o menor respeto que por esta fuentes se tenga. De hecho, no se habla tanto de "originalismo" (234) como de diversos tipos de originalismo (235).

C:1.- El originalismo a ultranza: la petrificación.

La fórmula más exacerbada de originalismo es --- aquélla que limita las posibilidades de ampliación judicial de la Constitución a lo que los constituyentes podían haber contemplado como posible.

Tanto para Berger (236) como para J. Rehnquist -- (237), por ejemplo, la Constitución, y en particular -- las reformas de 1868 que son las que introdujeron las clásicas open-ended provisions, se promulgaron para so lucionar problemas concretos de aquel momento.

Por tanto, sólo para solucionar problemas planteados con anterioridad pueden interpretarse tales preceptos; en palabras de J. Rehnquist, "creo que (los constituyentes) habrían dicho que esas enmiendas fueron -- promulgadas para prevenir los posibles abusos futuros en los que los Estados habían incurrido con anterioridad al momento de su promulgación (238)".

Para que el judicial review sea legítimo, a fin - de que el T.S. pudiera siempre decir "no lo hicimos no sotros-vosotros (el pueblo) lo hicisteis (239)", debe siempre seguirse las intenciones de los constituyentes. Así pues, "la Constitución representa elecciones fundamentales ya hechas por el pueblo y la tarea de los tribunales consiste en hacerlas efectivas, no en construir nuevos derechos (240)". "Los valores de los jueces no pueden desplazar a los de los constituyentes (241)". - El T.S. no puede enjuiciar nuevas situaciones si los - constituyentes no podían haberlas previsto. Los que -- promulgaron la enmienda 14 no podían prever el aborto, los anticonceptivos, la distribución por los jueces de distritos electorales, la discriminación por razón de sexo o filiación ... etc.; el T.S. usurpa poder si resuelve esos problemas recurriendo a esta enmienda, ya que, por definición, no puede suministrar respuesta alguna. Por otra parte, la idea de que el judicial review está legitimado cuando las legislaturas se niegan a -- actuar es totalmente extraña a la Constitución (242).

Este último principio juega tanto para la enmienda 14~ como para todas aquellas que puedan invocarse como permisivas de la creación de derechos sustantivos por los jueces, en concreto la enmienda número 9 que sólo quiso constitucionalizar que el gobierno federal no pudiera jamás extender su actuación fuera de los ámbitos de las potestades consagradas en la lista de competencias previamente delimitadas en la Constitución, y cuando - se dice gobierno federal se quiere decir exactamente - también tribunales federales, incluido el T.S. (243).

C:2.- El originalismo moderado.

Si el originalismo estricto no goza de mucho eco en el mundo jurídico norteamericano, su versión moderada goza de un cierto predominio.

De todas formas, no existe una versión monolítica de ésta última; en realidad, lo único común a todas -- las corrientes que se agrupan bajo el distintivo de -- originalismo moderado es la idea de que el espíritu de de los constituyentes quedó plasmado en el texto y, -- por ello, siempre hay que tenerlo como punto de mira.

Quizás la fórmula más cercana al uso de la histo-ria intencional como fuente sea la de los seguidores - de la two-clause theory (244).

Efectivamente, la citada teoría no tiene sólo una versión textualista, sino otra histórica. La distin----ción entre cláusulas específicas y genéricas no vendrá impuesta sola por los conceptos jurídicos plasmados en el texto (245), sino también por la intención de los - constituyentes de amparar en las genéricas conductas e

situaciones impensables para ellos (246).

Como dijo Bickel, los constituyentes de 1868 -- "eran plenamente conscientes del poder que el T.S. podía utilizar. En su mayoría eran amargamente conscientes de ellos pues muchos habían luchado contra la doctrina que sentara Dred Scott. Con toda probabilidad tenían muy poca esperanza de que el T.S. fuera a jugar -- un papel importante en la consecución de sus fines -- (igualitarios) a largo plazo. Pero lo importante es -- que el partido radical logró que se promulgase un precepto cuya efectividad futura se dejó a la especificación también futura. El hecho de que ellos esperaran -- que ese papel de especificación lo jugara el Congreso no añade nada. Simplemente refleja su previsión de que el Congreso siempre tendría miembros más progresivos -- que los otros poderes (247)"; en una palabra, pudiendo optar por fórmulas específicas, optaron por la genérica de habilitar para el futuro a todos los poderes --- constitucionales aunque estuvieran convencidos de que sólo el Congreso los iba a llevar a la práctica.

En último término, este tipo de originalismo moderado es el equivalente a la crítica del interpretativismo. Así como allí se decía que existen cláusulas en que el propio lenguaje permite ir más allá del texto -- constitucional (248), aquí existen preceptos en los -- que la intención de los constituyentes era la de dejar las puertas abiertas a otro tipo de fuentes interpretativas distintas de la propia intención de los constituyentes.

El originalismo moderado introduce, pues, el fin del propio originalismo como método interpretativo. Só

lo subsiste como fuente lejana: porque esa era la intención de los constituyentes; pero nada nos dice acerca -- de la fuente interpretativa directa a utilizar ni el -- texto ni la voluntad del constituyente.

Este tipo de argumento es el mismo que utilizarán todos aquéllos que propugnan fuentes interpretativas -- ajenas al texto y a la historia, tengan la virtualidad de crear derechos de participación política, como pretende la tesis de Ely, o la de crear derechos sustantivos, como las de Tribe ó Perry.

Existe una versión del originalismo moderado que -- expone claramente ya la legitimidad creadora de derechos. Consiste en justificar la sentencia mediante el -- argumento de que esa sería la decisión de los constituyentes si vivieran en la actualidad. En palabras de -- Lusky, "si se hubiera preguntado en 1787 a Madison, -- Franklin y otros fundadores si la cláusula de comercio debería interpretarse como fundamentadora de esa ley -- (la Civil Rights Act de 1964), es totalmente probable -- que hubieran dicho que no. Pero si hubieran sobrevivido hasta 1964 ..., su filosofía política les habría probablemente llevado a contestar afirmativamente (249)".

Sin embargo, este argumento es absurdo ya que nadie puede pretender conocer esa filosofía política tras plantada desde la antigüedad. Pretender que ésto es originalismo es simplemente falso. Supone amparar en el -- originalismo una legitimidad que deriva totalmente del uso de otras fuentes interpretativas.

C:3.- El rechazo del originalismo.

Muy pocos autores pretenden empero desligar el Derecho Constitucional moderno totalmente del intencionalismo o de la historia como fuentes.

Quizás se deba a la santificación de los constituyentes operada por la ideología norteamericana, pero, - en todo caso, no hay una sola sentencia del T.S. que no ligue la constitucionalización ex novo de un derecho a una cláusula de conceptos jurídicos muy indeterminados o a la expresa intención de los constituyentes de permitir a los jueces la constitucionalización de ese derecho concreto.

Sólo Brest se ha atrevido recientemente a negar totalmente el valor del originalismo como fuente. Para Brest, dado que la construcciones de los originalistas moderados permiten a éstos legitimar la creación judicial de cuantos derechos estimen oportunos, ... ¿para qué recurrir a la intención de los constituyentes?. Debería abandonarse definitivamente este lazo falsamente legitimador (250).

C:4.- ¿Por qué subsisten el originalismo y la historia como fuentes?.

Si la mayoría de los autores y por supuesto la jurisprudencia del T.S. persiguen un originalismo moderado que lo que hace es liberar a los jueces del uso correcto de esa misma fuente, ¿por qué se sigue apelando a la intención de los constituyentes para resolver casos concretos?.

La respuesta es sencilla.

Por una parte, la posición de los constituyentes implica o puede implicar un argumento más al que el T. S. siempre puede recurrir. Puede seguirlo o no, pero -- allí tiene ya una norma sustantiva que puede admitir o rechazar pero que ya está ahí.

En segundo lugar, sigue sirviendo para los preceptos específicos por contraposición a las open-ended -- provisions.

Y, en tercer lugar, el argumento en la versión de Lusky siempre resulta legitimador de absolutamente todo lo que venga a decir el T.S.

La decisión, en último término, de si la historia o la voluntad de los constituyentes vincula o no, vendrá dada por posturas ajenas al contenido de dicha historia o de dicha intención en un caso concreto. Aquéllos que opinen que en determinado supuesto los tribunales no deberían hacer progresar la doctrina constitucional, apelarán al originalismo (251). Aquéllos que, por el contrario, crean que el T.S. debe forzar más la Constitución, favorecerán sólo un originalismo moderado pero no estricto.

El T.S., según decida o no crear nueva doctrina, apelará al originalismo moderado o estricto atendiendo al resultado del caso, pero en último término serán -- los valores sustantivos de cada supuesto los que auténticamente proporcionen el fundamento último de la sentencia.

Lo mismo ocurre en general con el uso de la historia como proceso. Como ha puesto de relieve Miller, el papel del juez historiador es totalmente distinto del papel del historiador profesional. Para aquél la historia en las sentencias tiene la finalidad de "convertirse en un medio de transmisión de valores (252)". "El T. S. es la única institución oficial consciente y continuamente dedicada a relacionar el pasado, presente y futuro en la vida norteamericana. Se espera de él que desarrolle los valores de la sociedad mirando a la vez a los orígenes y al futuro (253)". "La historia general, en último término, asegura la continuidad constitucional (254)". Pero, en último término, podríamos reiterar nosotros, depende de si se quiere o no judicializar ó constitucionalizar valores, porque son éstos y no aquélla los que proporcionan la respuesta.

D.- PEQUEÑO EPILOGO ACERCA DE LA "TWO-CLAUSE THEORY"

La citada teoría ha permitido la constitucionalización de derechos o la interpretación progresiva de los esquemas constitucionales desligándola de las dos fuentes interpretativas más típicas: el texto y los antecedentes.

Sin embargo, quienes la proponen lo hacen en parte para mantenerlos como totalmente suficientes en las cláusulas específicas, ya que sólo las genéricas permitirían recurrir a fuentes distintas de éstas.

Pese a ello, tal resultado es totalmente falso. Es verdad que a veces ha sido utilizada esta teoría por el T.S. como argumento (255). Sin embargo, siempre que lo ha considerado oportuno, y ha querido, el T.S. ha abandonado la interpre

tación literal o la histórica también en las cláusulas espe
cíficas.

La misma fundamentación que se ha utilizado por el T. S. para recurrir a otras fuentes en el desarrollo de las — cláusulas genéricas, es decir, en la interpretación de conceptos jurídicos muy indeterminados, se ha utilizado, cuando el T.S. lo ha estimado oportuno, para la interpretación de las cláusulas específicas. Depende de los valores que éstas encarnan y no de su lenguaje o historia el que el T.S. decida ampliar o no la interpretación de cualquier precepto constitucional sea éste genérico o sea éste específico ---- (256 y 257).

IV:5.- LAS RESTANTES FUENTES TRADICIONALMENTE JURIDICAS.

Pese a que el texto y los antecedentes históricos y legislativos siempre fueron las fuentes más directas para la interpretación de documentos jurídicos, no por ello se limitó jamás la interpretación de la Constitución al uso de ---aquéllas.

El precedente (jurisprudencia anterior) siempre tuvo --gran peso, lo mismo que la lógica, la razón, la jurisprudencia de intereses ó de los valores, así como el resto del ordenamiento, la estructura o el Derecho Natural.

Lo que a partir de ahora se pretende es examinar el --uso que de todas éstas ha hecho el T.S. y la respuesta doctrinal que ese uso ha motivado.

Dejemos aparte, de momento, el estudio de la utiliza--ción por el T.S. de fuentes más típicamente anglosajonas o norteamericanas, como la constitucionalización de principios del common law o del Derecho estatal, aunque en realidad el proceso de constitucionalización de estos ordenamientos no es sino paralelo a la constitucionalización del ordenamien--to inferior de cada país donde opera la justicia constitu--cional. Si quedan separados sistemáticamente lo es porque --su especialidad, motivada por la tradición del common law y por la organización de un sistema como federal, exigen una especial atención.

Dejamos también de momento fuera el estudio de las lla--madas jurisprudencias political y empirical. La primera por que su uso plantea más agudamente el tema que esta tesis --pretende analizar y la segunda porque, pese a no implicarlo directamente, su desconocimiento por la realidad judicial --

española hace necesario también el estudiarla con especial cuidado dada la proximidad que genera entre los métodos judicial y legislativo.

A.- EL PRECEDENTE COMO FUENTE: EL PRINCIPIO DE STARE DECISIS.

"Es precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución la que permite extender la aplicación de la misma a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución; ello de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal de 31 de Marzo de 1981, -- recaída en el recurso número 107/80, que ahora se pasa a -- aplicar al caso concreto objeto del recurso". (STC de 6 de Abril de 1981. Recurso de amparo número 47/1980).

A:1.- Introducción.

El principio de stare decisis implica sólo y exclusivamente la idea de que un tribunal debe seguir el precedente en el caso análogo. Es conceptualmente separable del tema de si esa jurisprudencia que constituye el precedente debe ser o no seguida por los tribunales inferiores. Y así, lo ha entendido tanto la doctrina tradicional como la más reciente. El que el tribunal inferior siga el precedente no es derivación del principio de stare decisis sino de la regla administrativa que, para el buen funcionamiento de los tribunales y en aras de la uniformidad, implica el que dicho tribunal inferior siga las directrices del superior (258).

El principio sólo juega, pues, por niveles horizontales; plantea si un tribunal debe o no seguir su propio precedente, no si debe seguir el precedente del

tribunal superior.

Al nivel constitucional en que nos movemos, el de la interpretación de la Constitución por el T.S., el tema debe plantearse, pues, como el de si el T.S. debe o no seguir su propio precedente.

Pues bien, en la actualidad puede decirse sin lugar a dudas de ningún género que el stare decisis está muerto como principio, por lo menos en lo que a la interpretación de la Constitución como norma se refiere (259).

Ello exige, sin embargo, a la vez que una explicación, una matización.

De hecho, el T.S. cambia su doctrina siempre que lo estima oportuno, bien por motivos cuya explicación radica en la oportunidad que un momento político genera en esa doctrina (260), bien por el reconocimiento de que la doctrina sentada era jurídicamente errónea (261). Es decir, jamás el T.S. mantiene una doctrina basándola sólo y exclusivamente en el precedente. Cuando aparece el menor indicio de que el fundamento que sustentaba el precedente ha dejado de ser válido, el T.S. ó bien reconstruye el fundamento ó bien cambia la doctrina.

Ahora bien, ello exige la matización. Es cierto - que el principio como tal no tiene en absoluto la fuerza de que goza dicho principio en la creación judicial del common law, y ello porque los fundamentos del stare decisis son mucho más débiles cuando la interpre

tación lo es a nivel constitucional que a nivel ordinario (reaparece la living constitution). Pero ello no implica que la dialéctica del método de adjudicación haya abandonado las formas típicas de manifestación exterior del principio.

En primer lugar, dos siglos de jurisprudencia hacen que sectores enteros del Derecho Constitucional -- sean hoy pacíficos. Determinado tipo de temas dejan de plantearse no sólo porque la realidad social plantee -- un nuevo tipo de problemática, sino también porque determinadas líneas jurisprudenciales "fijaron" claramente la doctrina constitucional y nadie cuestiona ya esa interpretación. En una palabra, los poderes públicos -- adquieren hábitos de comportamiento o conducta constitucional, cumpliendo tradiciones que si en su momento fueron conflictivas, hoy nadie discute. Cuando aparece un comportamiento inconstitucional anómalo, basta con la opinión de un juez federal de distrito o de un tribunal estatal para restablecer la situación. El convencimiento general de que la conducta era inconstitucional es tan absoluto que basta la cita del precedente; pero en realidad, no es tanto el precedente, como el -- consensus social de asimilación absoluta de aquél viejo precedente, lo que explica el fenómeno.

En segundo lugar, allí donde el Derecho Constitucional no está fijado, bien por tratarse de brechas -- nuevas cuyas últimas implicaciones no están claras, -- bien porque el propio precedente sigue discutiéndose, la estructura formal, exterior, de las sentencias aparece a primera vista como una aplicación al pie de la letra del principio de stare decisis. Las citas por el

T.S. de su propia jurisprudencia constituyen la inmensa mayoría de las páginas de los United States Reports. -- Ello incluso ha permitido a algunos autores hablar de -- la Constitución misma como common law judicial (262). -- Sin embargo, esa apariencia no es más que, valga la redundancia, mera apariencia. Es una forma exterior de -- plasmación de los fundamentos jurídicos que siglos de -- tradición hacen que perdure. Su explicación por lo de-- más, es simple. Cuando el T.S. resuelve un caso amparán-- dolo en la cita de numerosas sentencias anteriores, lo que hace en realidad es evitarse repetir los fundamen-- tos jurídicos que figuran en aquellos precedentes, pero jamás da valor al precedente en cuanto tal precedente. En ningún caso dudoso se ampara el T.S. para decidir la inclinación de la balanza en que hay un precedente, si-- no en que conviene (ó no) mantenerlo por razones ajenas al hecho de que se trate en sí mismo de jurisprudencia previa. Una lectura simplista de la jurisprudencia pue-- de dar lugar a equívocos, pero, para el que conoce la -- dinámica interna del proceso de decisión en Norteaméri-- ca, aparece muy claro que el fundamento último de la -- sentencia no es el precedente, sino la convicción de -- que el mismo era, y sigue siendo, correcto: el juicio sustantivo de constitucionalidad se reitera como siem-- pre vivo.

Así pues, los sectores de lo que se denomina doc-- trina constitucional (263), es decir, el conjunto de -- subnormas operativas que el T.S. usa, nunca se apoya en el hecho de ser doctrina en sí mismo, sino en el reexa-- men de la misma que lleva a la conclusión de su manteni-- miento.

Sí hay, sin embargo, un campo donde el precedente resulta vinculante para el T.S. de una forma incons---
ciente; y ese campo es el de la delimitación del méto-
do interpretativo que cada cláusula constitucional exi-
ge. Todo jurista norteamericano sabe que la primera en-
mienda se aplica normalmente haciendo un contrapeso de
intereses (264); que el strict scrutiny de los fines -
especialmente inconstitucionales de la cláusula de ---
igualdad (265) se resuelve en último término para el -
que defienda la constitucionalidad de la ley en demos-
trar que el interés que el legislador pretende conse-
guir con la discriminación es realmente compelling ---
(266); que no puede invocarse la doctrina de las cues-
tiones políticas cuando el órgano que pretende la dis-
crecionalidad es estatal y no federal (267); que la ---
discriminación por motivos religiosos se canaliza por
la primera enmienda y no por la cláusula de igualdad -
(268), ... etc., etc.

Quiere esto decir que el uso de la técnica inter-
pretativa concreta, el test de la racionalidad, la ju-
risprudencia de intereses, el estudio o no de la moti-
vación del legislador, el uso de la historia, ... etc.,
etc., es normalmente fijo. Y el fundamento de esa "fi-
jación" sí que no tiene otra razón de ser que la doc-
trina del stare decisis; y ello, porque el T.S. incons-
cientemente se da cuenta de que el uso indiscriminado
y totalmente intercambiable de las técnicas interpreta-
tivas genera la mayor inseguridad a que el pretendido
método judicial puede dar lugar (269).

Pero volvamos al precedente en la doctrina consti-
tucional sustantiva para examinar el por qué nunca tu-

vo gran peso (es decir, los fundamentos a favor y en -- contra del stare decisis) y el por qué se ha pretendido recientemente el replanteamiento del principio como una auténtica fuente de interpretación constitucional.

A:2.- ¿Cuáles son los fundamentos del principio de stare decisis?

La casi totalidad de los juristas y jueces norteamericanos han tenido ocasión de expresarse a favor y en contra del principio. Ello no indica, pese a todo, que haya unanimidad en la formulación de las ventajas y desventajas en el uso del precedente con valor normativo.

La defensa clásica del principio se ha basado, como indicara Chamberlái en un triple fundamento: la protección de las expectativas patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de uniformidad en los fallos -- (270). Sin embargo, en último término, todas ellas se -- subsumen no tanto en el principio de seguridad jurídica como básicamente en el principio de igualdad: casos --- iguales deben ser igualmente tratados.

Estos principios son tan básicos que los tribuna-- les han tenido que inventar técnicas concretas para evi-- tar su quiebra siempre que han procedido a variar la -- doctrina y formular nuevos principios jurídicos en ---- abierta contradicción con las líneas jurisprudenciales hasta entonces mantenidas.

Cuando se abandona un precedente se pueden dar si-- tuaciones de inseguridad retroactiva o de inseguridad -- prospectiva (271). Pues bien, precisamente para poder --

abandonar cómodamente el precedente sin merma alguna -- del principio que lo sustenta, el principio de seguridad y el de igualdad, el T.S. ha inventado técnicas concretas que han sido criticadas como contrarias a la función judicial entendida en un sentido ortodoxo.

Ya vimos como la inseguridad retroactiva había dado lugar a que incluso en el campo del Derecho Constitucional Penal la nueva doctrina jurisprudencial no se -- aplicase más atrás en el tiempo del momento en el cual es formulada (272). La salvaguardia de la seguridad -- prospectiva ha dado lugar a fórmulas quasi-legislativas a través de las cuales el T.S., evitando cuidadosamente la limitación del requisito de que se trate de un caso y controversia del artículo III de la Constitución, pretende "dar pistas" acerca de hacia donde puede llevar -- una recién comenzada línea jurisprudencial.

El caso prototípico, por las acusaciones procedentes de miembros del propio T.S. a que dio lugar, es -- Bellotti v. Baird (273). Ante el desconcierto que la jurisprudencia limitadora de la penalización del aborto -- produjo en 1973 (274), los Estados se encontraron con -- el problema de la hipotética inconstitucionalidad de la legislación que de algún modo pretendiera encauzar el -- legítimo interés del Estado en la protección de la vida humana y en la tutela de los menores de edad. Precisamente para proporcionarles ayuda, literalmente "para -- dar alguna guía a los Estados que constitucionalmente -- quisieran proporcionar algún soporte a la intervención de los adultos en la decisión", el T.S. propuso un esquema completo legislativo con licencias en cascada hasta la última posibilidad de que los jueces ordinarios, --

en determinados casos, pudieran prohibir el aborto.

Esta opinión, que sólo compartieron cuatro jueces (275), fue criticada por otros cuatro (276) que concurrieron en el juicio de inconstitucionalidad del esquema legal entonces examinado, pero que se opusieron totalmente a que el T.S. reformulara el esquema que hipotéticamente sería constitucional al tratarse a su juicio de una advisory opinion.

Esta técnica de evitar futuras quiebras en la seguridad jurídica cuando aparece bruscamente un nuevo principio o interés constitucional, cuyos últimos efectos no se pueden sino adivinar, es, sin embargo, totalmente excepcional.

Frente a la defensa de la estabilidad, los alegatos contra el stare decisis en Derecho Constitucional son abrumadores en la literatura jurídica norteamericana.

Dos textos se han hecho especialmente célebres.

En primer lugar, figura el voto particular en la sentencia de Burnet v. Coronado Oil and Gas Co. (277), donde J. Brandeis indicó que mientras en el statute o common law los Parlamentos pueden modificar la jurisprudencia que consideren errónea, ello no ocurre así con la jurisprudencia constitucional, de ahí la necesidad de que el T.S. la revise con muchísima más asiduidad -- (278).

En segundo lugar, está el célebre alegato del ya entonces juez del T.S. J. Douglas (279) en defensa del

derecho a la modificación de la propia doctrina. Para J. Douglas el problema básico reside en si la Constitución que hay que aplicar es la de 1787 o la del momento en que se interpreta: la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada tiene, pues, una -- primacía absoluta. En último término J. Douglas unió -- originalismo y stare decisis para acumular contra este segundo todas las críticas que se formulan contra el -- primero: "Podemos obtener de aquéllos que nos precedieron el sentido de la continuidad social, extraer de su saber el sentimiento de respeto por la estabilidad de sus principios y doctrinas. Pero vivimos experiencias que ellos no vivieron. Nuestro punto de vista puede -- ser mejor o peor, pero es nuestro. Hagamos nuestra historia antes de dejarnos gobernar por los muertos (280)".

A estos argumentos sumó J. Douglas otros de carácter más técnico, como son los de la absurda peripecia de las "distinciones" que acaban configurando como regla lo que en realidad era una clara excepción al principio jurídico formulado (281) y el hecho de que el -- principio de stare decisis a veces lo único que produce es la erosión de los principios jurídicos sustantivos debido a que para salvar el precedente se opera -- una rerracionalización del mismo que nada tiene que -- ver con su primitiva formulación (282 y 283).

Por otra parte, de sobra era conocido para J. --- Douglas la fuerza de los votos particulares (284) que, mantenidos a ultranza, llegan a veces a conquistar posiciones mayoritarias con los cambios del personal en el T.S. (285).

Finalmente, el que habría de ser el más longevo -

juez del T.S. recoge el argumento sociológico de que -- las apariencias de desastre que los cambios de doctrina jurisprudencial producen no son más que mera apariencia, puesto que las modificaciones "no han implicado en ningún momento una reconsideración de los postulados básicos que siguen siendo los mismos desde los tiempos de C. J. Marshall (286)".

Sea cual fuere la auténtica fundamentación del -- principio de stare decisis, o de su contrario, el de -- la necesidad de readaptación del Derecho Constitucional, lo cierto es que hay que concluir con Llewellyn -- que ambas posturas reflejan una "doble verdad (287)", doble verdad cuyo equilibrio hay que buscar.

A:3.- El moderno replanteamiento del tema.

Esta situación de indecisión entorno al valor del precedente ha motivado en sectores doctrinales la petición de un replanteamiento del conjunto del tema. En -- palabras de Monaghan, "necesitamos discutir en profundidad el papel que deba jugar el precedente en la justicia constitucional (288)", de forma que antes de hablar del stare decisis, "debemos reconsiderar qué condiciones, si es que las hay, motivan la existencia misma de una teoría general del stare decisis (289)".

Este replanteamiento se hace necesario, a juicio de Monaghan, por cinco causas principales:

1) No está claro qué constituye un precedente. -- Efectivamente, aunque la técnica de la correcta utilización del precedente está bastante elaborada (290), --

todavía se discrepa acerca de si el precedente lo constituyen los hechos, la regla jurídica enunciada o los fundamentos jurídicos de esa regla o todos ellos (291).

Quizás sea ahora el momento oportuno de establecer la conexión entre la doctrina del stare decisis y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dado que en Estados Unidos es claro que el valor de -- las sentencias del T.S. es el de la jurisprudencia como fuente del Derecho (292), no puede plantearse el -- problema de si la eficacia erga omnes lo es sólo del -- fallo o de la ratio decidendi, problema que sí puede -- surgir en otros sistemas como el nuestro.

Pero con ello no se hace sino trasladar el problema a la esfera de los fundamentos. ¿Es precedente la -- conclusión o el fundamento de esa conclusión?. ¿Dónde está la línea clara entre el obiter dictum y el auténtico fundamento?. Ni siquiera en los países de gran -- tradición jurisprudencial tienen el tema resuelto, y -- en Estados Unidos claramente no lo está.

Quizás, uno de los pocos logros de la teoría de -- los principios neutrales de Wechsler haya sido el de -- poner de relieve que la sentencia que es sólo y exclusivamente aplicable al caso concreto no está bien razonada. La motivación tiene que prever el futuro: la --- aplicación a casos análogos previsibles que puedan ser solucionados con la misma regla jurídica.

Es en esta previsión donde el principio de que la sentencia es sólo law of the case y no law of the land de Miller (293) falla, porque todo tribunal actúa con previsión de hipotéticos casos futuros y eso distingue

la "buena" de la "mala" jurisprudencia.

Tan consciente de ello es el T.S. que cuando cree que la solución de un caso concreto ofrece problemas, "avisa" de que se trata de ad hoc jurisprudence, "auto justificando" así la sentencia con esa afirmación que se añade al fundamento ordinario del fallo. En Dames and Moore v. Regan (294), por ejemplo, el T.S. comenzó la sentencia con el siguiente encabezamiento: "No intentamos fijar líneas-guía que puedan cubrir otras situaciones análogas (295)".

En realidad Wechsler yerra al describir como "buena" ó "mala" la jurisprudencia que siga o no siga el principio de la previsibilidad. De lo que se trata es de distinguir entre jurisprudencia con valor o sin valor de precedente y eso es algo que no se deriva del fundamento jurídico sino de la intención del tribunal, por eso se superpone el "aviso". Naturalmente, otro tribunal posterior puede hacer caso omiso de esa declaración y atender exclusivamente al fundamento en sí mismo.

2) No está tampoco claro qué sentencias del T.S. tienen valor de precedente. De hecho, el carácter necesario de la jurisdicción de apelación del T.S. en casos que muchas veces no le interesa fundamentar ha dado lugar a que se dude del valor de sus summary affirmances o dismissals puesto que suponen confirmación -- del fallo, pero no del fundamento de la sentencia del tribunal inferior (296).

3) Tampoco lo está el problema de si los jueces -

disidentes deben resultar vinculados o no por los votos mayoritarios contrarios. De hecho, en la historia del T.S., este tema se ha resuelto dejando total libertad a los magistrados. Los ejemplos de persistencia en el voto particular son lo corriente, aunque también hay casos en que el juez, pese a no estar de acuerdo, reconoce que el peso de la historia de la jurisprudencia le hace votar en determinado sentido (297).

4) Existen igualmente dudas acerca del valor de las sentencias con votos plurales en cuanto al razonamiento, ninguno de los cuales es mayoritario (298). Sin embargo, en estos casos, como ha señalado acertadamente una nota publicada recientemente en la Harvard Law Review (299), debe distinguirse entre falsas, y legítimas y auténticas decisiones plurales. Las primeras son aquéllas en que los votos concurrentes añaden o restan uno de los fundamentos de la decisión. En Peters v. Kiff (300), por ejemplo, tres magistrados apreciaron a la vez la inconstitucionalidad y la ilegalidad de la exclusión sistemática de negros en la formación de jurados, alegada por un acusado blanco. Otros tres llegaron al mismo resultado pero sólo con el fundamento de la ilegalidad. No puede decirse que lo único fallado por el T.S. es su ilegalidad, pues los motivos de inconstitucionalidad quizás se omitieron por los tres primeros en base no a motivos sustantivos sino institucionales: eludir la cuestión de constitucionalidad si basta con la de ilegalidad (301).

Las segundas son aquéllas en que la posición única de uno o dos jueces en realidad se impone a la de la mayoría de los otros ocho o siete. En Apodaca v. Oregon -

(302), por ejemplo, cuatro magistrados afirmaban que la sexta enmienda no requería unanimidad de veredicto en casos penales. Otros cuatro creían que sí. J. Powell, en medio, creía que la sexta enmienda lo requería, pero la sexta incorporada a través de la catorce a los Estados no. Resulta entonces que ocho magistrados estaban convencidos de que el standard para los veredictos de jurados en procesos penales federales y estatales debía ser el mismo y un solo voto, el referido de J. Powell, rompió con esa casi unanimidad al tener como consecuencia la diversificación de tratamiento a nivel federal y estatal del precepto constitucional.

Finalmente, las auténticas decisiones plurales, --aquéllas en las que no hay mayoría en ninguno de los fundamentos, constituyen la inmensa mayoría de las decisiones plurales (303). No nos interesan tanto sus causas (304), ni su origen, más bien proveniente del Tribunal Warren (305), como sus efectos sobre la regla del stare decisis. La generalidad de la doctrina que ha analizado el tema ha criticado esta jurisprudencia plural precisamente por la imposibilidad de constatar su valor como precedente (306). Quizás lo que a nosotros nos sirva más es constatar con ello que el precedente no lo --constituye sólo el fallo, sino también los fundamentos jurídicos (307).

5) Lo más alarmante es que la teoría general del stare decisis de cada autor varía descaradamente dependiendo de la concepción general que acerca del judicial review se tenga (308).

Precisamente es ésta última objeción la que ha motivado realmente la polémica acerca de la viabilidad de

una teoría general del stare decisis. Mientras Monaghan opina que es posible desvincular el principio de las -- concepciones globales que acerca del judicial review se tenga, Tribe ha contestado que ello es imposible, pues el reforzar el stare decisis necesariamente llevaría a una selección discriminadora de los supuestos que deben someterse a la regla y quedar eternamente petrificados (309).

Finalmente, no quedaría completo este pequeño repaso de las actuales ideas acerca del precedente si no se mencionara que parte de la doctrina da pura y simplemente por imposible su restablecimiento por la sencilla razón de que, en palabras de Tushnet, "ningún tribunal -- puede crear un precedente que vincule inexorablemente a sus sucesores; la decisión de sentirse vinculado corresponde tomarla por su propia cuenta y riesgo a los propios sucesores (310)".

B.- LA RAZON COMO FUENTE NORMATIVA.

"Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el artículo 14 de la Constitución; es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable". (STC de 10 de Noviembre de 1981. Cuestión de inconstitucionalidad número 48/1981).

B:1.- Introducción.

Por razón pueden entenderse muchísimas cosas. La -- primera de ellas equivale a la formulación de principios neutrales y, por tanto, damos por explicado de sobra qué debe entenderse por éstos (311).

La segunda apela a la razón entendida como sentido común, como el "duende" de Lorca (312) ó el "hunch" de la literatura jurídica realista norteamericana (313) ó como la "razón artificial" de que hablara Coke (314) y — que "sólo los juristas poseen". En este segundo sentido, la razón sigue siendo un elemento explicativo del subjetivismo en el estudio de la formulación de normas por los jueces (315). Una variante distinta es la de la moderna doctrina norteamericana que al hablar de "rational judicial decision-making" emplea el término racional en un sentido subjetivo a la vez que adjetivo: lo que se — trata entonces es de "racionalizar" el proceso por el — cual se llega a una decisión (316), para evitar autoengaños. En este sentido no se apela a la razón como fuente de la decisión, sino que se estudia el proceso de decisión en sí mismo, con independencia de su contenido ---- (317).

Pero, como tendremos ocasión de señalar (318), no — nos interesa tanto el proceso por el cual se llega a la decisión como el elemento externo de la misma, la justificación o las razones dadas para la decisión.

Nos interesan, por tanto, las apelaciones a la razón y a la lógica como fundamento de la sentencia; y — ello ha ocurrido y ocurre en dos formas distintas: (a) La construcción de silogismos basando en ellos toda la fuerza argumental y (b) El uso expreso del llamado "rational scrutiny" por el T.S., piedra de toque de la interpretación y complemento de las dos cláusulas más abiertas de la Constitución, la de equal protection y la de due process, aunque el test no se limita a ellas.

B:2.- El silogismo como argumento en sí mismo.

Nadie ha utilizado el silogismo como base de la de cisión constitucional expresamente. Sin embargo, hay -- que admitir que a veces el T.S. simplemente apelaba al esquema silogístico dando a entender que la decisión -- era obvia. En otras palabras, lo que Roscoe Pound vino a denominar "jurisprudencia mecánica (319)", y lo que -- Jerome Frank explicó como la aplicación de la siguiente fórmula: R (rule) x F (facts) = D (decisión) (320).

En consecuencia, lo que el juez parecía hacer era simplemente encontrar el compartimento-estanco concep-- tual en el que los hechos encajaban para dejar caer to-- do el peso del esquema lógico racionalista, construido por los teóricos del Derecho, sobre la situación fácti-- ca enjuiciada. Es decir, la más simplista subsunción de los hechos en la norma que pueda imaginarse.

Quizás describan mejor el fenómeno las palabras de un hipercrítico juez de distrito: "Había estudiado el -- Derecho en fragmentos y segmentos, en secciones y com-- partimentos y cada compartimento estaba situado en mi -- mente obedeciendo a un esquema lógico perfectamente cla-- ro, de tal forma que el único problema que cada caso me planteaba era el de arreglar y re-arreglar los hechos -- hasta que pudiera hacerlos resbalar suavemente en el -- compartimento al que obviamente pertenecían (321)".

Ni qué decir tiene que esta forma simplista de en-- juiciar fue precisamente lo que motivó el realismo jurí-- dico norteamericano. Incluso precursores como J. Holmes (322) y Roscoe Pound (323) se lanzaron en tromba contra

esta forma de razonar calificándola con los más variados epítetos: "fundamentalismo jurídico", "formalismo", "deductivismo", "la teoría fonográfica del Derecho", -- "jurisprudencia mecánica" ... etc., etc.

Ha sido sin duda Wasserstrom quien mejor ha sistematizado los argumentos utilizados por los realistas -- contra la lógica como fuente primaria y básica de adjudicación (324): "comenzando por la premisa de que el -- sistema angloamericano ha respondido a las necesidades y deseos de la comunidad, se derivó de ello que la teoría deductiva por ese motivo (las reglas que constituyen la premisa mayor no tendrían que haber cambiado según la teoría deductiva) no describe correctamente el -- proceso de decisión que ha sido usado por los tribunales en el método de adjudicación. Todavía más, la teoría deductiva necesariamente es incorrecta porque (a) no tiene en cuenta el hecho de que jamás hay dos casos idénticos; (b) no toma en consideración que la operación de clasificación (de los hechos en los conceptos) es lo crucial y ese fenómeno no es un fenómeno deductivo; y -- (c) ignora que no puede haber reglas jurídicas previas que aplicar (325)".

Este rechazo de la lógica deductiva llevó a la búsqueda de los fundamentos de la decisión judicial en -- otros factores como el intuicionismo o "hunch" (326), -- el de la personalidad del juez como elemento decisorio (327) o el de la reacción emocional del juez ante los -- hechos (328), llegándose a crear una especie de "teoría de la gastronomía jurídica (329)", que pregonaba "la -- idea de que el producto de la decisión judicial venía -- impuesto por lo que había desayunado el juez aquella mañana (330)".

La crítica se amplió desde la crítica de la lógica hasta la de la racionalidad en general, de forma que, - "dado que los tribunales no podían haber usado la lógica formal para seleccionar o formular premisas jurídicas, no podían igualmente haber apelado a ningún criterio objetivo o racional en la realización de sus funciones (331)".

Pese al enorme auge del realismo jurídico norteamericano, hoy las aguas han vuelto a su cauce.

Por una parte, la distinción entre proceso de descubrimiento y proceso de justificación ha puesto en claro que el criticar el pretendido uso único de la lógica deductiva en el primero no debe implicar la crítica de su uso en el segundo. "La forma en que los dos procesos operan puede describirse por referencia a dos tipos distintos de preguntas que se pueden formular acerca de -- una decisión judicial. El primer tipo de pregunta reside en la forma o manera de cómo se alcanzó la decisión; la otra consiste en si una decisión es o no justificable", dice Wasserstrom (332), para luego remachar que - "puede no tener sentido describir un proceso de decisión judicial como un proceso totalmente deductivo. Pero tiene mucho menos sentido insistir por este motivo - en que los tribunales no pueden (ni deben) emplear un -- sistema que permita alcanzar una justificación razonada de esa decisión (333)".

Por otra parte, aún dentro del proceso de descubrimiento hoy en día se distingue perfectamente el papel - de la lógica deductiva como elemento necesario, aunque no único, de la sentencia. Operar sin lógica significa error, pero la pura lógica no significa verdad (334). - Igualmente se predica la racionalidad no por el uso o -

no de la lógica, sino por el uso o no de todos los elementos de juicio (incluidos los factores sociales) que el caso presenta, tanto pasados como futuros, al incluir la predicción de los posibles derroteros a que el principio que se formula puede llevar, llegándose así - incluso a admitir como perfectamente racional una decisión que implica la apertura de nuevos derroteros jurídicos, aunque no se sepa muy bien hacia donde van a derivar, para poder de esta forma vencer los prejuicios - que impone la aplicación mecánica de toda doctrina previa (335).

Puede decirse, pues, que en la Norteamérica contemporánea es doctrina pacífica que la lógica es un elemento necesario, pero no una fuente de las decisiones constitucionales.

Miller y Howell resumieron perfectamente la corriente actual: "La Razón ... no es la vida del Derecho (336). Es realmente parte del Derecho. Pero, ¿la vida? No ... Si por Razón entendemos la derivación lógica a partir - de principios generales y abstractos, entonces el proceso judicial no actúa así, sin embargo, si entendemos - por Razón un proceso de observación disciplinada, unido a un reconocimiento de que existe una elección entre valores alternativos y al estudio de las posibles consecuencias de la decisión, entonces la Razón tiene un papel de primer orden (337)".

Hoy en día, el propio T.S. ha reconocido que la lógica deductiva en sí misma no decide absolutamente nada. Quizás el ejemplo más claro sea el del voto particular - de J. Stewart en Kennedy v. Mendoza-Martinez (338): "La opinión de la mayoría es larga, pero su tesis es simple:

(1) La privación de la nacionalidad tipificada en estas leyes es una "pena"; (2) La "pena" sólo puede imponerse por medio de una condena en un proceso penal; (3) por ello, las leyes son inconstitucionales. Como ocurre con todos los silogismos, la conclusión es inevitable si -- las premisas son correctas. Pero no puedo estar de ---- acuerdo con la premisa mayor --que la privación de nacionalidad sea un "castigo"--en el sentido constitucional --equivalente a "pena" del término".

El problema no es, pues, de lógica, sino de premi--sas: la lógica nada puede decirnos acerca de la inter--pretación del término pena. Será la historia, el consensus, su sentido literal ... etc., el que dé contenido --al término.

Ni siquiera cuando el enjuiciamiento consiste más claramente en una pura subsunción de la norma (339), la lógica es de por sí el elemento explicativo de la sen--tencia, pues la interpretación de la norma que se va a aplicar, ó bien ya se da por realizada (por el precedente, la historia, ..., etc., en la mayoría de los casos --por el literalismo), ó bien se explica en el momento anterior ó como parte de la subsunción (340 y 341).

B:3.- Thayer y la racionalidad como parámetro de la ---
constitucionalidad.

En uno de los artículos que hicieron época en el --desarrollo del Derecho Constitucional Norteamericano --(342), James Bradley Thayer formuló por primera vez la objeción antimayoritaria de la justicia constitucional. Partiendo del carácter "antitextual" y "antidemocrático"

de la anulación de las leyes por los jueces, formuló la llamada "regla de la equivocación clara (343)", que, a su vez, dio lugar a la formulación deferencial de la -- presunción de constitucionalidad (344): "la validez de la ley no debe ponerse en duda a menos que repugne tan claramente a la Constitución que cuando los jueces señalen su inconstitucionalidad todos los hombres sensatos de la comunidad se den cuenta de la contradicción entre la ley y la Constitución (345)". La regla le dio pie para afirmar que "toda ley que es racional es constitucional (346)". Con ello Thayer sólo quería resaltar que, - en caso de duda acerca de la constitucionalidad de una ley, ésta debía considerarse constitucional. Sólo cuando claramente se infringe un precepto constitucional es cuando debe anularse tal legislación, pero no debe haber duda acerca de esta infracción (347).

La doctrina de Thayer se hizo famosa, entre otras cosas, por su influencia en dos de los más importantes jueces liberales del T.S. en el primer tercio del siglo XX: J. Brandeis y J. Holmes (348).

Sin embargo, en sí misma, no apelaba a la razón como fuente sustantiva de normas de desarrollo de la Constitución. Simplemente expresaba una postura apriorística deferencial ante los Parlamentos federal y estatales, sobre todo frente al cariz que tomaban los acontecimientos, teniendo un matiz adjetivo, no sustantivo, pese a que en 1962 Bickel utilizara la racionalidad de Thayer dándole un contenido sustantivo: es la razón la que nos va a dictar la norma constitucional (349).

B:4.- La racionalidad como medida de la constitucionalidad.

Bickel estaba en lo cierto; la racionalidad se esta

ba utilizando como fuente normativa; pero no en la formulación de Thayer, sino en la del propio T.S. Se trata ahora de la racionalidad no como equivalente a ausencia de duda, sino como equivalente a la necesidad de que la ley sea un medio racional para la consecución de determinado fin que ella misma se autoimpone.

Esta medida de la constitucionalidad, relación medios-fines, es en la actualidad el método de interpretación por el cual se han desarrollado innumerables normas constitucionales y, lo que es más importante, cláusulas tan trascendentales como la que consagra el principio de igualdad, la cláusula de comercio o la de due process.

El T.S. no la ha abandonado, ni parece que vaya a hacerlo, por lo que "merece la pena estudiarla aunque sólo sea por el hecho de que la gran mayoría de los jueces del T.S. han persistido en articularlo durante generaciones (350)".

Actualmente existe una enorme polémica acerca de si este método de interpretación debería abandonarse o no. Lo que haremos, por tanto, es relatar brevemente su concepción, su alcance y su uso por el T.S. para entrar posteriormente en la crítica y defensa pormenorizada de cada uno de los elementos que el test de la racionalidad implica.

(a) ¿En qué consiste el test de la racionalidad?.

Cuando el T.S. utiliza la medida de la racionalidad, lo que enjuicia es si la ley es un medio racionalmente adecuado para alcanzar determinados fines.

El término proviene de una "formulación extralegal de la racionalidad en las decisiones humanas: relación positiva entre fines y medios (351)".

Este esquema elemental de racionalidad se aplica -- entonces, con pequeñas variantes, a los preceptos constitucionales dependiendo su formulación concreta del -- precepto enjuiciado: la clasificación establecida en la ley, y que establece la desigualdad, ¿está racionalmente relacionada con el fin que pretende conseguir?; ¿está la discriminación del comercio extraestatal racionalmente relacionada con el interés que el Estado concreto intenta proteger?; ¿está la carga que se impone sobre un derecho o interés constitucional legítimamente relacionada con la consecución de un fin legislativo -- concreto?... etc., etc. Así se aplican muchísimas cláusulas constitucionales en Norteamérica.

El test de la racionalidad de las normas es el típico ejemplo de "doctrina constitucional judicial". Su utilización no se predica como universal, sino que está específicamente ligada a la interpretación de determinados preceptos. Por otra parte, su uso no es requisito indispensable en cuanto tal; no es un predicado necesario en el desarrollo de un documento como es la Constitución. Es precisamente este carácter de "doctrina" lo que ha motivado su reciente conflictividad y la petición abierta, clara y tajante de que se abandone. En todo caso constituye una típica aplicación del precedente ya que en aquéllas cláusulas en que se impone el test de la racionalidad el T.S. no admite otra forma para enjuiciar si una ley es constitucional o no en relación con dicho precepto.

(b) La aplicación por el T.S. del test de la racionalidad.

b:1.- Los poderes federales implícitos.

Como ha señalado Gunther (352), el primer caso en el que el T.S. aplicó el criterio de la racionalidad fue la célebre sentencia de McCulloch v. Maryland (353), redactada por C. J. Marshall.

Efectivamente, en dicha sentencia, el método - por el que el T.S. elaboró la teoría de los poderes implícitos (354) puede considerarse como el típico método racionalista: la creación de un Banco federal se consideró un medio adecuado para el ejercicio de los poderes enumerados en la Constitución como de competencia federal (la potestad tributaria, la de prestar dinero, la de regular el comercio y la de levantar y sostener el ejército).

Naturalmente, en este caso la cláusula 18 de la sección 8 del artículo I de la Constitución santificaba en cierto modo el método ya que otorgaba al Congreso federal la competencia en toda materia legislativa que fuera "necesaria y conveniente" para el ejercicio de cualquiera de esas competencias anteriormente listadas.

Sin embargo, el método no tiene esa base textual en otras cláusulas constitucionales, pese a lo que el T.S. no ha dudado en utilizarlo.

b:2.- El substantive due process económico.

El ejemplo prototípico fue el del substantive

due process económico. Toda la formulación del "police power (355)" puede entenderse basada en este tipo de argumentación: está comprendido en dicho poder toda medida legislativa que salvaguarde la seguridad, moral ó salud pública. El resto, naturalmente, pertenece al campo autónomo de la esfera individual ajena a todo poder del Estado.

Lochner v. New York (356), por ejemplo, ha sido interpretado (357) con esta metodología como limitando no sólo los posibles fines (el principio de libertad contractual en este caso al tratarse de la fijación de la jornada máxima en las panaderías de New York), sino también los posibles medios (J. Peckham admitió la validez del fin: regular la salud pública, pero montó el ataque contra la idea de que el dejar a los panaderos trabajar sin límite de tiempo supusiera un peligro para la salud pública).

Con el rechazo del substantive due process el test de la racionalidad parecía abocado al fracaso.

Sin embargo, como Brest puso hace tiempo de relieve (358), el test ha sobrevivido, sirviendo de standard en el moderno due process. Otra cosa es que el test de la racionalidad, sin embargo, no haya dado lugar a una sola anulación de cualquier ley desde el año 1937. United States v. Carolene Products Co. (359), pareció indicar que el T.S. no iba a renunciar al enjuiciamiento del fundamento racional de la legislación económica (360). Sin embargo, casos posteriores indicaron que ni siquiera

el obiter dictum de Carolene iba a ser verdad. Casos como Olsen v. Nebraska (361), Lincoln Federal Labor Union v. North-Western Iron and Metal Co. -- (362) y, sobre todo, Ferguson v. Skrupa (363) y -- Williamson v. Lee Optical Co. (364), reflejan claramente que aunque formalmente se sigue aplicando el test de la racionalidad en el enjuiciamiento de la legislación económica o social bajo el módulo -- del due process, el test no produce en la práctica sino la total convalidación de dichas leyes, en re sumen, lo que ha venido a denominarse el enfoque -- deferencial de estos casos (hands-off approach) -- (365). Insistimos en que el test, formalmente, se -- sigue aplicando en todos estos enjuiciamientos.

b:3.- La más importante aplicación del test de la racionalidad: el principio de igualdad.

(a').- La vieja equal protection.

Este criterio de deferencia total a las decisiones de los órganos legislativos en materia social-económica, pese a la aplicación formal del -- test de la racionalidad, no se limitó a la interpretación de la cláusula de due process. También -- la cláusula de igualdad dio lugar a que se sostuviera la validez de toda la legislación económica atacada por discriminatoria. Sin embargo, el desarrollo de esta cláusula exige una explicación más detenida.

El test de la racionalidad en la cláusula de igualdad "tomó una forma reconocible por primera --

vez (366)" en Gulf Colorado and Santa Fe Railway v. Ellis (367), donde el T.S. anuló por contradecir la cláusula de igualdad una ley de Texas que declaraba posible el cargar los honorarios pagados al abogado cuando el juicio resultaba favorable y el demandado era una Compañía de ferrocarril.

Para el T.S., el hecho de clasificar (368) en sí mismo no es inconstitucional, pero, para que la ley se ajuste a los requisitos de la cláusula de igualdad, "la clasificación debe basarse en algún motivo razonable -alguna característica que se relacione exactamente con la clasificación establecida- y no debe tratarse de una selección arbitraria ---- (369)".

El uso de esta terminología y modo de enfoque siguió una ruta paralela a la del substantive due process económico: no se anula ninguna ley, pero se aplica, al menos formalmente, el test de la racionalidad.

En Railway Express Agency v. New York (370) se reafirmó el principio manteniendo la validez de una ley de New York que prohibía fijar anuncios comerciales en camiones y autobuses, a menos que fueran propiedad del que ya anunciaba el negocio. Los propietarios de camiones y autobuses que alquilaban el espacio para anuncios alegaron la inconstitucionalidad de la ley porque la clasificación no concordaba exactamente con el pretendido fin: la seguridad en el tráfico evitando las distracciones.

El T.S. mantuvo este tipo de análisis, es decir, aplicó formalmente el test de la racionalidad, pero indicando que enjuiciar la oportunidad del medio empleado era una cuestión legislativa ya que la cláusula de igualdad "no requiere que se erradiquen todos los males, o ninguno".

Otros casos como Willamson v. Lee Optical Co. (371), 6, sobre todo, por la desigualdad patente que motivó su enjuiciamiento, Kotch v. Board of River Pilot Commissioners (372) reflejan la deferencia total al legislativo en este tipo de clasificaciones económicas. El test de la racionalidad vino a equivaler totalmente a la automática validez de la norma enjuiciada.

Hasta el Tribunal Burger, sólo una ley económica fue anulada aplicándose la cláusula de igualdad conforme al test de la racionalidad; el caso es Morey v. Dou⁷ (373) que enjuició la constitucionalidad de una ley que eximía nominalmente a la American Expres Co. y varias otras de ciertas responsabilidades financieras impuestas a los emisores de órdenes de pago bancarias. Y, precisamente, ese precedente fue expresamente derogado por el propio T.S. en 1976 en New Orleans v. Dukes (374).

Incluso el Tribunal Warren mantuvo esta deferencia hacia el legislativo en el campo económico, decidiendo siempre que cualquier atisbo de racionalidad en el medio "ley empleado era suficiente para satisfacer las exigencias del test (375)".

De hecho, repetimos, el test de la racionalidad equivalía en la práctica a la total y absoluta validez de la legislación enjuiciada bajo la cláusula de igualdad.

(b').- La nueva equal protection.

Sin embargo, el Tribunal Warren "inventó" lo que se ha venido a llamar la New Equal Protection (376): cuando la clasificación era "sospechosa" — (suspect classification) (377), o afectaba a un — "interés fundamental" (fundamental interest) (379), el test a aplicar para interpretar la cláusula de igualdad dejaba de ser el de la mera racionalidad, para convertirse en uno más "estricto" (strict — scrutiny). El Estado, sometido ahora a la carga — de la prueba, debía demostrar que existe un "interés estatal extraordinario" (compelling) que justifica la discriminación de la categoría sospechosa o la lesión del interés fundamental.

Pues bien, en esta nueva cláusula de igualdad ya no se predica el test de la racionalidad, sino el ya señalado, que es una mezcla de puro Derecho Neutral, o consensus, en cuanto a la elevación de cualquier clase o interés a la categoría de sospechosa o fundamental, y de la jurisprudencia de intereses, motivada por el contrapeso entre el interés estatal, que debe ser extraordinario, y el privado consistente en la no discriminación. Por eso, dejamos en realidad la aplicación de la interpretación de la cláusula de igualdad conforme a estos — nuevos criterios para el análisis de aquéllas otras fuentes.

Sin embargo, sería erróneo afirmar que el test de la racionalidad ha perdido toda su fuerza en la nueva cláusula de igualdad, ya que es muy corriente que, aun sin emplear la terminología oficial (rationality standard) uno de los elementos que se emplea en el contrapeso de intereses de la nueva cláusula de igualdad es el de la naturaleza de la relación entre el interés extraordinario defendido por el Estado (como fin a conseguir) y la clasificación discriminada (el medio utilizado). Es decir, dado que para aplicar el examen estricto de constitucionalidad se requiere siempre la constancia, normalmente defendida por el Estado que promulgó la ley, de la existencia de un interés extraordinario, uno de los elementos del examen estricto consiste siempre en comprobar si la legislación en general favorece o no ese interés precisamente alegado como extraordinario. Se trata siempre de un paso previo antes de efectuar realmente el contrapeso de intereses, pero paso previo que es totalmente ineludible.

Este elemento "racionalista", que el T.S. aplica absolutamente en todos los casos, también se da en la técnica llamada de la "alternativa menos gravosa", como veremos.

Por tanto, en el test de la racionalidad en sentido estricto, el test que motiva la deferencia a los juicios del legislativo salvo en casos superextraordinarios que veremos a continuación, el test llamado "racional" en la terminología oficial del T.S., lo que resulta esencial es el hecho de que sólo se comprueba si la discriminación

tipificada en la norma es un medio para alcanzar determinado fin. Una vez que se comprueba que esto ocurre, el test, por sí mismo, aparentemente, determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma (normalmente la primera).

En el examen estricto de constitucionalidad cuando existe alguna categoría sospechosa o interés fundamental hace falta, además, probarse por parte del legislador que el fin es tan extraordinario o sustancial que sobrepasa al interés constitucionalmente protegido consistente en la igualdad, prueba que es extraordinariamente difícil, - por lo que normalmente determina la inconstitucionalidad de la norma, inconstitucionalidad que en último término radica, ahora sí claramente, no en una operación de racionalidad sino en un contrapeso de intereses (cosa que no se predica del test de la racionalidad strictu sensu).

Pero insistimos, el test de la racionalidad, en cuanto relación medios-fines, es indispensable en toda aplicación de la cláusula de igualdad. En el test de la racionalidad oficial, basta con él; en el examen estricto, no basta con él, pero sí - es un elemento cuya existencia es necesaria operativamente.

(o').- El resurgir del test de la racionalidad en la interpretación de la cláusula de igualdad por el Tribunal Burger.

Pese a que en el campo económico no se ha dado mayor fuerza al test de la racionalidad, el --

Tribunal Burger ha invalidado algunas leyes basándose en el mismo.

Uno de los campos donde esto ha ocurrido ha acabado, en realidad, configurando a una nueva -- "categoría sospechosa". Efectivamente, la única -- categoría sospechosa configurada por el Tribunal Warren fue la de la raza. El Tribunal Burger, desde Reed v. Reed (380) incluyó, asimilándolo a la raza, el sexo, pero sin denominarlo expresamente "categoría sospechosa" sino aplicando (al menos -- terminológicamente) el test de la racionalidad.

Hoy hasta el propio T.S. la denomina "categoría sospechosa", exigiéndose un "interés sustancial" (substantial interest) por parte del Estado para que la diferenciación por razón de sexo sea considerada constitucional. Este interés sustancial se encuentra a mitad de camino entre la simple racionalidad y el interés extraordinario, por lo que en realidad hoy en día hay tres tipos de -- examen de la legislación que presuntamente infringe el principio de igualdad: el examen racional -- (para la legislación económica), el examen estricto (cuando la discriminación afecta a una categoría sospechosa o interés fundamental) y el examen intermedio (intermediate scrutiny) (cuando existe discriminación por razón de sexo). Esta aplicación del test de la racionalidad por el Tribunal Burger, no lo es en realidad tal, sino en el mero aspecto del examen de adecuación de la legislación al fin que dicha legislación pretende conseguir. Valga, pues, para el test intermedio todo -- lo anteriormente dicho para el test estricto de --

constitucionalidad.

Ha habido, sin embargo, otro campo donde el T.S. ha invalidado legislación amparándose en el test de la racionalidad y sin ningún otro motivo aparente. United States Department of Agriculture v. Moreno (381) y Jimenez v. Weinberger (382) requieren por ello un examen especial.

En el primero de los casos, el T.S. declaró inconstitucional una enmienda de 1971 al programa federal de "food-stamps" (383).

La enmienda de 1971 definía el concepto de grupo beneficiario de sus prestaciones (household) como limitado a familiares relacionados por consanguinidad o afinidad. J. Brennan, redactor de la opinión mayoritaria, aplicó un standard rigurosamente racional: la exclusión del programa de aquellos grupos en los que viviera por lo menos una sola persona no relacionada con el resto por algún vínculo de parentesco no tenía nada que ver con el fin de la ley especificado en el preámbulo (satisfacción de las necesidades nutritivas y ayuda a la economía agrícola), ni con el fin alegado por el gobierno en la defensa de la constitucionalidad de la enmienda legal (combatir el fraude).

Junto a este argumento principal, J. Brennan recogió el de que de los antecedentes legislativos parecía derivarse que el Congreso había querido excluir del concepto de beneficiario a las comunas agrícolas hippies, indicando que este fin no esta-

ba permitido (384): "el simple deseo del Congreso de dañar a un grupo políticamente impopular no -- puede constituir un interés estatal legítimo".

Antes de enjuiciar la doctrina sentada en Moreno, conviene señalar, cosa que no ha hecho nadie hasta ahora, que yo sepa, que la situación -- fáctica que planteaba el caso era francamente curiosa: el grupo familiar, beneficiario de los -- food-stamps y que venía percibiéndolos, acepta en su casa a Moreno, otro beneficiario del programa. El acto tenía una finalidad obvia: ahorrar en gastos de vivienda; la consecuencia era, sin embargo, absurda: pierden todos el beneficio de las prestaciones sociales. Este tipo de situaciones fácticas es obvio que influiría en el T.S. pese a que no lo hiciera resaltar claramente en el razonamiento.

El propio T.S. ha tenido ocasión posteriormente de distinguir Moreno. En Mathews v. Diaz -- (385), J. Stevens interpretó Moreno como basado -- casi exclusivamente en el rechazo de la discriminación contra grupos políticamente impopulares. Sin embargo, este tipo de argumentación resulta -- algo ficticio, pues es línea jurisprudencial bastante asentada que la discriminación a efectos de vivienda de grupos de individuos no relacionados por vínculos de parentesco no es una discriminación inconstitucional (386).

Tampoco la especial situación fáctica planteada en Moreno sirve realmente como fundamento --

pues, en otro caso, donde el absurdo era parecido, el T.S. declaró que era función del Congreso la - distribución de beneficios sociales. Efectivamente, en Califano v. Jobst (387) el T.S. sostuvo la validez de un precepto de la Ley de la Seguridad Social que cortaba la ayuda a hijos de incapacitados cuando contraían matrimonio, aunque se casaran con otra persona a su vez incapacitada (siempre que no fuera beneficiario éste último cónyuge, pues si lo era, sí tenía derecho el hijo incapacitado que se casaba con éste último beneficiario a seguir percibiendo tales beneficios).

En resumen: sólo el test de la racionalidad, como relación entre medios-fines, parece haber sido el fundamento del fallo en Moreno.

Jimenez v. Weinberger (388) es un caso parecido. La ley atacada era igualmente la Ley de Seguridad Social, uno de cuyos preceptos negaba pensión de orfandad a determinados hijos ilegítimos (los nacidos con posterioridad a la muerte del padre beneficiario, salvo que se tratara de algún - hijo ilegítimo incluido en alguno de los tres grupos definidos por la ley: legitimable según la -- ley del Estado; con capacidad para suceder abintestato; o ilegítimo por mero defecto de forma del matrimonio de los padres).

El T.S. rechazó que pudiera enfocarse el tema como un caso de discriminación por filiación - ilegítima, centrándose en la discriminación entre distintos tipos de hijos ilegítimos.

El único fundamento según C. J. Burger de la inconstitucionalidad era el de que la clasificación efectuada no estaba racionalmente relacionada con el fin legalmente alegado de la norma (combatir el posible fraude).

Jimenez constituye, pues, un típico ejemplo de aplicación del test de la racionalidad aunque el hecho de que la discriminación estuviera en -- cierto modo conectada con la filiación parezca, a primera vista, quitar algo de fuerza al test.

(d').- El carácter excepcional de la resu--- rrección del test de la racionalidad en la aplicación de la cláusula de -- igualdad a la legislación económico-- social.

Pese a Moreno y Jimenez, en realidad el test de la racionalidad ha venido a equivaler en la jurisprudencia del Tribunal Burger al sostenimiento de la constitucionalidad de la discriminación, -- mientras que el examen estricto era en la práctica "fatal (389)". El examen intermedio todavía no ha fijado claramente sus principios aunque, al -- tratarse de un contrapeso de intereses, permite -- mayor campo de alegación obviamente al gobierno.

Este presupuesto estadístico de que las le-- yes que se examinan conforme al test estricto de-- vienen inconstitucionales mientras que las que se someten al test de la racionalidad son convalida-- das como perfectamente constitucionales es tan -- real que el problema principal de la moderna liti

gación constitucional de la cláusula de igualdad deviene uno no tanto de probar la discriminación sino de convencer al tribunal de que aplique uno u otro test.

b:4.- El test de la racionalidad en otras cláusulas constitucionales.

(a').- El moderno substantive due process.

El uso del test de la racionalidad en el moderno substantive due process tiene un alcance -- muy parecido: el T.S. a veces aplica el test de la racionalidad, motivando con ello el sostenimiento de la validez de la ley y a veces un parámetro parecido al estricto o al intermedio de la cláusula de igualdad. En Harris v. McRae (390), -- por ejemplo, el standard aplicable fue el de la racionalidad porque el T.S. dio más importancia al aspecto económico que al restrictivo del ejercicio del derecho, por eso declaró aplicable al examen de la constitucionalidad de la legislación que suprimía de las prestaciones sanitarias sociales la financiación de abortos al test de la racionalidad, con la consiguiente declaración de la validez del llamado Hyde Amendment. Igualmente, -- como en el examen estricto o intermedio de la cláusula de igualdad, la terminología empleada sigue recogiendo el presunto método racional como fundamento de la sentencia. En Moore v. City of East Cleveland (391), por ejemplo, aunque la fuente normativa es claramente la tradición (392), -- con una cierta dosis de contrapeso de intereses --

(privado: derecho a vivir con los familiares versus público: ordenación del urbanismo), el T.S. señalaba que "cuando los poderes públicos se entrometen en el campo conjunto de decisiones que afectan a la vida familiar, este Tribunal debe examinar -- cuidadosamente la relevancia del interés estatal -- que sostiene la intromisión y hasta qué punto la -- regulación examinada lo favorece". Es decir, aunque en el moderno substantive due process la pregunta básica es la de qué interés prevalece, el T. S. nunca deja de examinar si la regulación o la -- ley enjuiciada realmente protege el interés estatal alegado como causa de su promulgación (control de medios) o incluso si ese interés estatal en sí mismo es o no legítimo (control de fines).

Este test es independiente, a la vez, del reconocimiento de determinado interés como constitucional (normalmente por consensus, Derecho Natural, tradición, historia,... etc.) y del contrapeso de intereses que se opera una vez que el interés estatal se ha considerado legítimo y se ha admitido -- que la ley o el reglamento ó acto examinado tiende a favorecerlo.

Moore v. City of East Cleveland (393) y Harris v. McRae (394) pueden utilizarse claramente como -- ejemplo. En el primero, el T.S. reconoce un derecho a la convivencia familiar, de rango constitucional, apelando a la tradición y declara ese interés superior al del Estado en la ordenación de la vivienda; naturalmente, antes había examinado la -- "legitimidad" del propio interés estatal y si la -- regulación concreta enjuiciada lo favorecía real--

mente. Es de esta última parte de la que se predica de nuevo la racionalidad.

En el segundo, el T.S. reconoce dos intereses: uno privado, la intimidad de este tipo de decisiones, apelando al consensus social, y el público, - protección de la vida en potencia, para indicar -- que el segundo es un interés "legítimo" y que está racionalmente relacionado con la denegación de la prestación compensadora de los gastos sanitarios.

¿Por qué en uno se aplica el test estricto y en otro el de mera racionalidad?.

Porque en el segundo caso el campo de legislación que realmente se ve afectado es el económico, donde existe una tradición condenatoria de la intervención judicial; mientras que en el primero se trata de legislación social en general pero no estrictamente económica.

En el moderno substantive due process, pues, el T.S. de la racionalidad forma una gran parte -- del razonamiento.

(b').- La contract clause, la cláusula de privilegios e inmunidades de la enmienda número 14, las relaciones federales y la doctrina de la alternativa menos -- gravosa.

La técnica del examen del medio por el cual -- se pretende conseguir la finalidad de una ley, lo que venimos denominando método racional, se aplica

también en otras muchas cláusulas constitucionales.

En United States Trust Co. v. New Jersey (395), el primer caso en el que el Tribunal Burger hizo resurgir la contract clause, el T.S. indicó que la repudiación de un Convenio interestatal podía considerarse constitucional sólo si era "razonable y necesaria para servir un importante interés público".

En Hickløin v. Orbeck (396), el T.S., aplicando la cláusula de privilegios e inmunidades de la enmienda número 14, anuló una ley estatal que discriminaba a los no residentes del Estado en la obtención de empleo porque dicha ley "no está en relación sustancial con el 'mal' concreto que a los no-residentes se atribuye".

Ambas no son sino un reflejo de hasta qué punto el test de la racionalidad se ha diversificado. Gran cantidad de los casos relativos al equilibrio federal se basan en subnormas cuya formulación se estructura como un test de racionalidad.

Respecto a la cláusula de privilegios e inmunidades es doctrina claramente sentada desde Toomer v. Witsell (397) que aquélla debe interpretarse en el sentido de que "una discriminación es total contra no-residentes es permisible cuando - (A) la presencia o actividad de los no-residentes es la fuente o causa del problema o efecto que el

Estado trata de regular, y (B) la discriminación practicada contra los no-residentes está en relación sustancial con el problema que éstos presentan (398)".

Pero no sólo se ha formulado el test de la racionalidad en este precepto, sino que actualmente su aplicación forma gran parte del fundamento necesario para sostener o anular la legislación presuntamente contraria a la cláusula de comercio.

Gran parte de la interpretación de la cláusula se basa en otro tipo de fuentes como son la estructura (399) o la jurisprudencia de intereses (400).

Sin embargo, el T.S. no ha dudado en utilizar a veces la técnica denominada de la alternativa menos gravosa (401), técnica también utilizada en mucha mayor extensión en el desarrollo de la primera enmienda como veremos más tarde.

El mecanismo es un subproducto del test de la racionalidad. El T.S. reconoce como permisible o legítimo la persecución de determinado fin y reconoce que la norma enjuiciada tiende a conseguirlo. Sin embargo, dicha norma, a su vez, grava otro derecho o interés público normalmente de rango al menos quasi-constitucional.

Básicamente la fuente normativa es la jurisprudencia de intereses. Pero, para evitar tal jurisprudencia, el T.S. disfraza la sentencia en un test de racionalidad: hay medios menos gravosos -

para la consecución de ese fin, por lo que la norma enjuiciada es inconstitucional.

En el área de la cláusula de comercio este tipo de análisis se atisbó ya en el año 1951 (402), para pasar a ser la regla general desde Pike v. -- Bruce Church Inc. (403) y Hunt v. Washington Apple Avertising Commission (404): "lo que el T.S. debe preguntar es (a) si la norma examinada tiene efectos 'incidentales' en el comercio interestatal o - discrimina contra el mismo claramente en su efectividad; (b) si la norma favorece a un interés público local y (c) si existen otros medios alternativos de procurar la satisfacción de ese interés público que no discrimenen contra el comercio interestatal".

La carga de la prueba de la discriminación recae en el que impugna la validez de la norma, pero "una vez que se demuestra que aquélla existe, la carga de justificar el interés local y la inexistencia de otros medios no discriminatorios de protección del interés estatal recae sobre el Estado (405)".

La primera se denomina regla de Pike y la segunda regla de Hunt.

Pues bien, esta versión del test de la racionalidad, el de la alternativa menos gravosa para la persecución de un fin legítimo, se ha aplicado según Tribe (406) ni más ni menos que a las restricciones de la libertad de expresión por leyes demasiado "vagas" o "amplias" (407); a las restric

ciones de la libertad de expresión para proteger - la justicia del proceso judicial (408); a las restricciones de la libertad de expresión con independencia de su contenido (409); a las leyes federales que hacen más gravosa la actividad de los Estados aplicando el federalismo como principio constitucional (410); para determinar los requisitos del tiempo mínimo de residencia a efectos de poder votar en elecciones locales (411); a las restricciones de la libertad de asociación (412); al examen del requisito de la afiliación a un partido para participar en las elecciones primarias (413); a las restricciones en materia de libertad religiosa (414); y, finalmente, en la revitalización que ya hemos visto de la contract clause (415).

Ni qué decir tiene que esta técnica de utilización de la alternativa menos gravosa es igualmente de uso corriente en cláusulas como la de due process (416) o la propia cláusula de igualdad (417).

Su origen, por otra parte, según Bastress, es incluso anterior a la clara formulación del test de la racionalidad que ya conocemos (418).

(c).- La polémica entorno al test de la racionalidad.

En 1972, en una de las célebres introducciones al resumen del curso anterior del T.S. que publica el número de Noviembre de la Harvard Law Review, Gunther propuso abiertamente revivificar el test de la racionalidad, dándole un "nuevo mordiente" (419)". Su tesis consistía

en que el test de la racionalidad equivalía en la práctica a una figura estilística paralela a la deferencia al legislador. Para él, el principio de que toda medida legislativa debe favorecer sustancialmente algún fin, - aplicado más rígidamente, sigue siendo un principio válido cuya utilidad se resume en que (a) "evitaría la racionalizaciones" acerca de los posibles motivos de constitucionalidad o inconstitucionalidad por parte del T. S. y (b) "mejoraría la calidad del proceso político ... fomentando y haciendo públicos los fundamentos de la legislación promulgada".

Este fortalecimiento del método pretendidamente racionalista, que el propio Gunther sugiere incluso como el factor determinante de casos como Jimenez o Moreno - (420), no hubiera tenido mayor trascendencia sino hubiese sido porque el juez (entonces profesor) Hans Linde - lanzó un ataque feroz contra el test en sí mismo y con independencia de su aplicación a la cláusula de igualdad que era aquella en la cual Gunther proponía su revitalización.

El Due Process of Lawmaking de Linde, una de las muchas piezas maestras en la literatura constitucional norteamericana de la pasada década, cambió por primera vez un enfoque de la justicia constitucional típicamente norteamericano que se encuentra muy lejos de las premisas en que se mueve el Derecho Constitucional europeo que se basa totalmente en la "herejía (421)" formulada por Linde.

El debate ha sido muy extenso y, como veremos, está ligado a otro debate comenzado por Ely hacía muy po-

co tiempo, 1970, acerca de la verificabilidad de los - fines y motivos de la legislación (422).

c:1.- El fundamento de la crítica: el control de la finalidad de las leyes.

Pese a que Gunther afirmara que el test de la racionalidad no presupone, ni implica, el juicio de legitimidad acerca de la finalidad pretendida por el legislador (423), sin embargo, como todo el mundo ha puesto de relieve, el examen de la finalidad pretendida por el legislador se hace totalmente inevitable: sólo si se conoce dicha finalidad puede hacerse un examen de la adecuación de los medios para alcanzarla. En palabras de Linde, "el test depende del enjuiciamiento del objetivo de la ley más que de su efecto; forzando a los litigantes a debatir la clara o presunta finalidad de la ley (424)".

Ello presupone, a su vez, y aquí es donde entra en juego la polémica acerca de la motivación de la ley, que ó bien puede distinguirse entre motivos y finalidades de la ley, en cuyo caso el -- test de la racionalidad se ocuparía sólo de éste último, ó bien dicha distinción es ficticia, siendo ésta segunda "objetivación judicial" un recurso técnico del que los jueces se sirven simplemente para alcanzar algún resultado concreto preconcebido. En una palabra, lo que en primer lugar se plantea es la realidad de la distinción entre la voluntas o ratio legis y la voluntas o ratio le--
gislatoris.

c:2.- "Motives" y "purposes".

Antes de entrar en la polémica acerca de si - existe distinción entre ambas, conviene recordar - al lector europeo que la interpretación de la ley en Derecho Norteamericano es totalmente finalista; y de entre las técnicas interpretativas la que se entiende más ortodoxa es la de la persecución de - la intencionalidad del legislador. Interpretación de la ley consiste prácticamente en saber pura y - simplemente qué pretendió decir el legislador ---- (425).

La polémica ~~entorno~~ a los purposes y motives hay que entenderla, pues, bajo este prisma predomi- nante de averiguación de la finalidad subjetiva de la ley. Sin embargo, como ha señalado Clark, "cuando un tribunal interpreta la ley, no en un juicio de constitucionalidad, sino enjuiciando si debe -- aplicarlo a una situación de hecho concreta, el -- juez trabaja de acuerdo o como compañero del legis- lador, intentando por todos los medios averiguar - cómo habría actuado éste (426) ... Sin embargo, -- cuando enjuicia su constitucionalidad, dado que de- be colocarse en una posición imparcial, rehuye ha- blar de finalidad en el mismo sentido, distinguien- do entre finalidad del legislador (motive), cuya - búsqueda trata de evitar y finalidad de la ley -- (purpose) única que le interesa".

¿Existe realmente esta distinción?. ¿Puede ha- blarse de una finalidad de la ley distinta de la - perseguida por el legislador?.

Veamos la respuesta que a esta pregunta han -
dado tanto la doctrina como los tribunales nortea-
mericanos.

En primer lugar, el T.S. siempre ha aparenta-
do distinguir ambos. Sólo muy recientemente ha re-
conocido que a veces pueden investigarse los moti-
ves, pero ha sido conscientemente. Por el contra-
rio, el purpose de la ley es tan viejo casi como -
la justicia constitucional.

Antes de entrar a considerar si realmente la
doctrina acepta o no esa dicotomía (427), vamos a
fijarnos exclusivamente en el sistema que tiene el
T.S. de averiguar dicho purpose de las leyes; es -
decir, la finalidad objtiva de la ley en sí misma
y con independencia de los motivos que dieron lu-
gar a su promulgación.

La técnica usualmente usada por el T.S. para
alegar cuál sea el auténtico purpose de la ley es
la misma que utilizan prácticamente todos los tri-
bunales. El T.S. se suele basar en una interpreta-
ción finalista del propio texto de la ley abstra-
yendo del articulado y, sobre todo, a veces, de --
los preámbulos o exposiciones de motivos las fina-
lidades genéricas que las leyes pretenden conse-
guir.

Sin embargo, esta técnica ha sido sometida a
una crítica feroz por un sector de la doctrina ---
constitucionalista, crítica que además ha sido re-
cogida, aunque sólo en el año 1981, por parte del
propio T.S.

Efectivamente, como alguien ha dicho, el purpose de la ley es puro mito, ya que sólo puede basarse en el lenguaje de dicha ley, lo cual le lleva a ser, necesariamente, tautológico (428). Una ley sólo puede tener una finalidad, regular la materia que sea tal y como lo ha hecho; no puede haber contradicción entre los términos y otros supuestos purposes, pues entonces estaríamos hablando ya de motives aunque estos motives fueran los que trata de objetivar un tribunal como algo distinto de los que pretendieran perseguir también los propios representantes parlamentarios.

Cualquier ejemplo puede servir para aclarar mejor estas palabras.

En Railway Express Agency v. New York (429), por coger un ejemplo ya conocido (430), el purpose de la ley alegado por el Estado era el de regular mejor el tráfico. Este puede que fuera el auténtico motive, pero el purpose era el de regular mejor el tráfico dejando, sin embargo, que el propietario de un camión anunciara su propio negocio en ese camión; la excepción forma siempre parte del purpose, por lo que difícilmente pueden enfrentarse éste y la ley en sí misma.

Toda finalidad de la ley que pretenda objetivamente basarse en el lenguaje de la misma no puede excluir, porque ello sería arbitrario, la parte de la ley misma, expresamente recogida, que tipifica el supuesto presuntamente inconstitucional. Si se pretende que la aplicación del test de la racionalidad en la cláusula de igualdad, por ejemplo, -

consiste en que el medio elegido para el cumplimiento del fin de la norma no está en relación -- precisamente con ese fin que se pretende conseguir, no puede, por tanto, alegarse que el propio lenguaje de la norma afirme la existencia de un -- fin que persigue con independencia de ese medio. Pongamos un ejemplo, que por absurdo, puede resultarnos más útil. Imaginemonos una ley que tiende a favorecer el empleo para lo cual prohíbe contratar a las mujeres. El fin de la norma es por su -- propia esencia, según se deriva del lenguaje, regular el mercado de trabajo ofreciendo más empleo excluyendo del mismo a las mujeres. No puede afirmarse que haya un fin, aumentar el mercado de trabajo, hacia el cual no estén orientados los medios, pues dicho fin estaría pura y simplemente tergiversado. La excepción siempre forma parte -- del propio fin de la norma, si pretende averiguarse éste en atención exclusivamente a su lenguaje.

Por ello, se ha puesto de relieve que, cuando el T.S. habla de purpose, está en realidad utilizando técnicas concretas de manipulación de la auténtica finalidad de la ley.

Esas técnicas consisten (a) en ignorar simplemente el purpose auténtico de la ley (431); -- (b) en manipular el nivel de abstracción de la -- norma (432); y (c) en la formulación del purpose como un valor unitario (433).

Este último recurso será el que utilicen los defensores del test de la racionalidad construyendo un "bien común", que persigue toda norma, por

encima de los motivos particulares. Pero de ello -
hablaremos posteriormente.

Existe otra forma más convencional de utili-
zar el término purpose y que equivale a efectos de
la ley. Es en este sentido en el que el T.S. en --
realidad lo utiliza más a menudo (434). Pues bien,
ello nos lleva precisamente a la polémica de los -
motivos inconstitucionales.

Como dice Perry, una ley puede ser hipotética-
mente inconstitucional por tres razones distintas:

- 1) porque su propio lenguaje es inconstitucional;
- 2) porque sus efectos son inconstitucionales; ó --
- 3) porque los motivos que llevaron a su promulga-
ción son inconstitucionalmente ^{de} aunque su lenguaje
o sus efectos sean neutros (435).

Tradicionalmente siempre han sido los dos pri-
meros los únicos factores tenidos en cuenta por el
T.S. a la hora de examinar la constitucionalidad -
de las leyes. Los efectos funcionaban normalmente
como una forma de control de los hechos determinan-
tes de conceptos jurídicos indeterminados. El len-
guaje era la fórmula habitual para reconstruir el
purpose de la ley, para determinar así su constitu-
cionalidad o inconstitucionalidad.

Sin embargo, en una jurisprudencia muy recien-
te, y bastante contradictoria, también los motives
han pasado a jugar un papel de primer plano en la
posibilidad de anulación de leyes por inconstitu-
cionales.

c:3.- La reciente admisión por el T.S. de los motivos como objeto del enjuiciamiento constitucional.

Desde el origen de la justicia constitucional el T.S. había mantenido la postura clara de - que los motives no son enjuiciables, aunque, como más tarde veremos, en realidad nunca fue así. Casos célebres como Ex Parte McCardle (436) o Fleming v. Nestor (437) rechazaron categóricamente - que el T.S. pudiera entrar a enjuiciar los motives de los legisladores. Quizás la formulación -- más famosa sea la de J. Cardozo en United States v. Constantine (438) al negarse a "aplicar el psicoanálisis en un campo en el que no era costumbre hasta ahora hacerlo"

Como ha señalado Miller (439) es falso que - esa doctrina fuera inflexible incluso en boca del T.S. El voto de J. Cardozo era, precisamente, un voto particular y gran parte de los argumentos -- anuladores de la legislación social anterior y durante el New Deal utilizó abiertamente la inconstitucionalidad de los motives del legislador para anular leyes. "Todo el mundo sabe que el Congreso utiliza (440) ... la cláusula de comercio o el poder tributario ... (la cláusula que sea) para regular las relaciones laborales, competencia clara y tradicionalmente local", ... "¿cómo va el T.S. a negarse a ver la realidad? (441)". Precisamente -- era contra este método contra lo que pretendía -- reaccionar J. Cardozo.

Pese a ello, la no enjuiciabilidad de los mo-

tives era un mito realmente existente en la jurisprudencia norteamericana.

Dos casos, de 1968 y 1971, llevaron hasta extremos inusitados este enfoque motivando la reacción de la doctrina que, a su vez, ha tenido reflejo en la jurisprudencia del T.S.

En United States v. O'Brien(442) el T.S. rechazó un ataque a la constitucionalidad de una ley federal penalizando la destrucción voluntaria de los certificados de registro militar, ley a la que se había atacado por querer simplemente suprimir determinadas manifestaciones de expresión simbólica amparadas por la primera enmienda ya que los hechos estaban con anterioridad penalizados (lo estaba la pérdida de la posición de dichos certificados).

El T.S. simplemente afirmó que los motives — del legislador no son enjuiciables.

En Palmer v. Thompson (443) la ciudad de Jackson, en Mississippi, había cerrado la piscina municipal para no tener que desegregarla. De nuevo el T.S. afirmó que "la motivación de los que votan una ley no puede determinar la violación de la Constitución".

De nuevo hay que indicar que el T.S., de todas formas, estaba en esa época analizando los motives. Palmer, por ejemplo, distinguía el caso de otro anterior, Griffin v. County School Board of Prince Edward County (444) (donde el municipio ha-

bía cerrado todas las escuelas públicas dando un cheque a los padres de hijos blancos para pagar su asistencia a escuelas privadas, lo distinguió, repetimos, en base a que el municipio en Palmer "no estaba administrando o subvencionando piscinas", porque de lo contrario este último caso se podía interpretar, y así se había interpretado, como un análisis de los motives que habían llevado a los regidores de ese condado a cerrar la escuela, pues no tenían ninguna obligación constitucional en principio de mantener las escuelas abiertas.

Gomillion v. Lightfoot (445) también muestra claramente esa enfoque. Los Estados tienen plena libertad para dibujar el mapa de sus subdivisiones territoriales. Pues bien, en el dibujo de los límites de la ciudad de Tuskegee se pasó de una figura prácticamente cuadrada a otra muy extraña de 28 lados (sólo 4 ó 5 de los originarios 400 negros estaban incluidos). El T.S. lo consideró como legislación sólo motivada por el deseo de desegregar, indicando que la figura era la "prueba matemática de esa motivación".

Sin embargo, insistimos, el mito doctrinal — era el del rechazo de la enjuiciabilidad de los motives del legislador.

Contra ese mito, no en cuanto en tal mito, si no en cuanto a que el T.S. tenía que variarlo, — reaccionaron Ely y Brest moderadamente (446) ante los resultados a que había llegado el T.S. en O'Brien y Palmer, resultados que para estos dos autores eran prácticamente absurdos.

Esta reacción tuvo, sin embargo, un reflejo -- mucho mayor de lo esperado en la jurisprudencia -- del propio T.S.

A partir de 1976, comenzando por Washington v. Davis (447), el T.S. empezó a exigir como prueba de la existencia de una discriminación la de -- sus motivos. Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corporation (448), Personnel Administrator v. Feeney (449) y City of Memphis v. Greene (450) han delimitado su uso y su campo de aplicación en materia de discriminación por razones de raza o se xo. City of Memphis y otro caso del mismo curso, -- United States Railroad Retirement Board v. Fritz -- (451) han puesto de relieve el enorme nivel de con fusión actual en que se encuentra la jurispruden-- cia. Confusión que se ha visto confirmada por otro caso del curso 1980, la sentencia del 4 de Marzo -- de 1981: ~~en el caso~~ Schweiker v. Wilson (452).

Toda la línea jurisprudencial que va desde -- Davis hasta City of Memphis muestra los quiebros y requiebros entorno al tema de si bastan o no los -- motives, o si, al revés, para demostrar la incons-- titucionalidad hace falta demostrar no sólo que la ley es o puede ser inconstitucional sino que ade-- más los motives tienen que serlo. La línea de ca-- sos que culmina en Fritz y Schweiker muestra el -- otro aspecto de la cuestión, el tema de si caben -- purposes objetivos de la ley, basados en su lengua je, o si la búsqueda de la finalidad por esta vía resulta tautológica.

Vamos a examinar en primer lugar la línea ju-

risprudencial referente a los motives para fijar--
nos en un momento posterior, en apartado aparte, --
en cómo el T.S. se ha hecho eco de la crítica al --
método de averiguación de los purposes.

La llegada de Washington v. Davis (453) se --
preveía en cierto modo dado el lenguaje contenido
en el fundamento de Jefferson v. Hackney (454), --
donde el T.S. negó que el "desnudo argumento esta-
dístico" pudiera bastar para apreciar la existen--
cia de discriminación. Hackney se planteó en el --
contexto de los beneficios sociales (programa AFDC)
(455) exigiendo Texas un nivel de indigencia real-
mente paupérrimo en comparación con el exigido en
otros programas sociales a efectos de que los bene-
ficiarios pudieran obtener las prestaciones. Lo --
que se alegaba precisamente era que el porcentaje
de negros y mejicanos-americanos beneficiarios del
programa AFDC es infinitamente superior al que ---
existe en otros programas de Seguridad Social.

Davis lo dijo ya expresamente: no basta el --
efecto, hace falta probar alguna intención discri-
minadora; sosteniendo así la validez de un test --
utilizado para la selección de aspirantes a oficia-
les de policía en Washington D. C.

Arlington Heights (456) matizó mucho más la --
doctrina sentada en Davis. No era necesario demos-
trar que la discriminación era el motivo decisorio
sino que bastaba con que fuera uno de los motivos
decisorios. En una nota a pie de página, J. Powell,
redactor de la opinión mayoritaria, especificaba,
sin embargo, que el que la motivación fuera uno de
los factores parciales de la inconstitucionalidad

no determinaba automáticamente ésta sino que sólo producía el cambio en la carga de la prueba correspondiendo ahora al gobierno federal, estatal o local demostrar que el mismo resultado se habría producido aun sin la motivación discriminadora.

Arlington añadía que el efecto o impacto de la norma podía ser a veces claramente indicativo, sin embargo, de la motivación, citando expresamente Gomillion y Yick Wo pero que normalmente dicho efecto sería un factor simplemente indicativo de la existencia del motive que era lo importante. -- Acababa la sentencia con una indicación de otros posibles datos: la base histórica de la norma; la secuencia de situaciones fácticas; la existencia de fases irregulares en el proceso normativo; incluso la testificación de los miembros participantes en la elaboración de la norma aunque su testimonio no fuera obligatorio por la existencia del privilegio o derecho a no hablar (457).

¿Es esta doctrina de carácter general?.

La respuesta es claramente negativa o, por lo menos, matizable.

En primer lugar, la teoría de que lo relevante son los motives y no el efecto discriminatorio de la norma es dudoso que pueda extenderse más allá de la aplicación de la cláusula de igualdad de la enmienda número 14. City of Memphis v. Greene (458), decidido hace muy poco, ha puesto de relieve estas dudas. El caso presentaba un presupuesto de hecho consistente en si el cierre al tráfico

de una calle que unía un parque municipal con un gueto, a través de una zona residencial blanca, -- cierre justificado por motivos de seguridad y tranquilidad, era o no constitucional por infringir la enmienda número 13 (459). El tribunal de distrito fue tajante: aunque el efecto discriminatorio era evidente (se evitaba el paso de los negros a través de la zona residencial blanca), lo que resultó probado, no se había demostrado la intención discriminatoria. El tribunal de apelación, manteniendo el presupuesto de hecho (no existencia de la finalidad discriminatoria) apreció que la aplicación -- de la Sección 1982 (460) dependía exclusivamente -- del efecto y no de la motivación declarando, por -- tanto, la ilegalidad, que no inconstitucionalidad, del cierre de la calle.

Como pone de relieve el voto concurrente de -- J. White (461), los argumentos, la vista y la concepción misma del writ of certiorari se basaban en este punto concreto: la Sección 1982, ¿requiere -- prueba de la finalidad o simplemente del efecto?.

Tanto la mayoría como los disidentes no enjuiciaron si la doctrina de los motives era aplicable a nivel legal, es decir, al aplicar la Sección -- 1982, o a nivel constitucional fuera de la enmienda número 14, es decir, si se aplicaba también a -- la enmienda número 13, dedicándose sólo a comprobar si la situación de hecho encajaba o no en la -- letra de la Sección 1982 o de dicha enmienda número 13.

Sólo J. White dijo claramente que la Sección

1982 requiere, al igual que se había establecido en la jurisprudencia anterior desde Davis, la demostración de un animus discriminatorio.

El tema de la extensión de los motives a otras cláusulas constitucionales o a otras normas legales está, pues, todavía por decidir.

En segundo lugar, sería falso afirmar que siempre que se enjuicia alguna situación bajo la cláusula de igualdad de la enmienda 14 se deban examinar los motives para haber si ha existido o no violación de la Constitución.

El T.S. ha afirmado, desde luego, que todo el área de la discriminación racial se rige por el mismo criterio se trate de las escuelas (462) o del derecho de voto (463). Hay, sin embargo, una excepción trascendental. Desde Washington v. Davis (464) se ha afirmado el poder del Congreso para determinar si basta o no con el efecto discriminatorio para la existencia de una violación constitucional; - poderes del Congreso que se basan en el ejercicio - de sus potestades de desarrollo constitucional de - la cláusula de igualdad recogidos en la Sección 5 - de la enmienda número 14.

Esta excepción ha operado ya en varios campos los más importantes de los cuales son el de las discriminaciones en el empleo, conforme al Título VII de la Civil Rights Act de 1964 (465) y en el de las discriminaciones en el ejercicio del derecho de voto reguladas por la Voting Rights Act de 1965 (466). En donde el Congreso, en uso de sus potestades especiales de desarrollo de la cláusula de igualdad, --

prescribe que sólo basta el efecto para que se pueda apreciar la violación de la Constitución, esa de claración es, pues, terminante.

Pero pese a esta limitación a la doctrina jurisprudencial de los motives, que exige como es natural ley expresa, el T.S. ha extendido la teoría fuera del campo de las discriminaciones raciales alcanzando igualmente a la discriminación por razón de sexo. En Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney (467) el T.S. sostuvo la validez de un programa preferencial de empleo público para veteranos de guerra pese a que, como es obvio, el efecto era claramente discriminatorio para el mercado laboral femenino. En una palabra, comparándolo con Yick Wo (468), "mientras hay casos en que el efecto puede ser determinativo para la investigación de la finalidad de la ley, en otros, como (Feeney), independientemente del efecto de la ley, la finalidad no discriminatoria de la ley es aparente".

Sin embargo, fuera de esos casos de discriminación racial o de discriminación por razón de sexo los motivos no han sido invocados en caso alguno.

Los promotores del examen de la motivación de las leyes en este sentido subjetivo lo hicieron con una intención claramente activista. Sin embargo, el T.S. no los ha utilizado sino con una finalidad limitadora de su propio poder y claramente diferencial hacia las discriminaciones que se amparan en una ley neutral.

Efectivamente, tanto Brest (469) como Ely — (470) acusaban al T.S. de ser excesivamente deferencial con leyes cuyo lenguaje era neutral pero cuya motivación era claramente inconstitucional. Para evitar la desegregación, por ejemplo, los administradores de Jackson, en Palmer v. Thompson — (471), habían dejado de prestar un servicio público. Neutralmente no tenían por qué prestarlo (se trataba de una piscina pública) pero había algo — escandaloso en los motives. Igualmente, el esquema legal enjuiciado en O'Brien (472) no era sino la cobertura de algo también escandalosamente inconstitucional. Contra esto era contra lo que — reaccionaban Brest y Ely al proponer que el T.S. entrara a enjuiciar los motives.

El T.S. acogió su propuesta pero en un sentido totalmente distinto, para salvar la constitucionalidad de leyes claramente discriminatorias — porque la motivación discriminatoria no aparecía expresamente.

Maher v. Roe (473) y Harris v. McRae (474) — habrían posibilitado claramente un enfoque parecido al Brest y Ely, ya que la motivación del Congreso, al suprimir la cobertura económico-social de abortos, estaba queriendo claramente limitar — el derecho escandalosamente reconocido por el T. S. en Roe v. Wade (475), pero el Tribunal Burger rehuyó totalmente aplicar en este campo la teoría de los motives.

c:4.- La reciente jurisprudencia acerca de los mé todos de averiguación de los purposes.

Si el recurso del Tribunal Burger a los moti-
ves subjetivos, sustituyendo a los efectos, a efec-
tos de la averiguación de si existe o no violación
de la Constitución por una ley aparentemente neu-
tra en su lenguaje es una creación típicamente ju-
dicial, cuyo solo apoyo doctrinal tenía otra razón
de ser totalmente distinta, las recientes dudas que
afloran en la jurisprudencia en el campo de la ave-
riguación de los purposes no son sino el eco de la
crítica doctrinal a la fundamentación de las técni-
cas que el T.S. utilizaba para su averiguación, --
críticas que ya hemos visto que se basaban en el -
carácter eminentemente tautológico que la sola uti-
lización del lenguaje para la averiguación de la -
finalidad de la norma genera.

El primer caso en el que el T.S., o mejor di-
cho, parte del mismo, se hizo eco de las críticas
doctrinales fue United States Railroad Retirement
Board v. Fritz (476), decidido el 9 de Diciembre -
de 1980. En este caso el T.S. sostuvo una reforma
de 1974 de la Railroad Retirement Act de 1937. La
nueva ley, basada en el argumento de que el siste-
ma iba a la quiebra financiera, reestructuró todo
el sistema de pensiones por jubilación a percibir
por los trabajadores ferroviarios. El motivo de -
la "inminente quiebra" lo producía unas pensiones
especiales que percibían en el anterior sistema --
los trabajadores que no sólo habían trabajado en -
la industria ferroviaria sino también en otra rama
industrial distinta. Estos últimos percibían, por
una parte, el retiro ferroviario siempre que hubie-
ran trabajado 10 o más años en la industria ferro-
viaria; aparte de ello, recibían la pensión de ju-

bilación de la Seguridad Social (semejante a la de nuestro régimen general) siempre que hubieran trabajado en otro sector el mínimo de años requerido por la regulación de esa rama industrial. Sin embargo, resulta que ambas prestaciones independientemente consideradas parten de un mínimo aumentando progresivamente con el número de años trabajados pero no en proporción a éstos (477). La paradoja consistía en que un trabajador con un mínimo de años en cada trabajo (ferroviario y el otro) percibía más dinero que uno que durante ese mismo número de años había permanecido en el mismo trabajo - (478).

La reforma del año 1974 quiso eliminar ese plus que recibían los que habían cambiado de trabajo, a la vez que fijaba como finalidad conseguir el respeto de los derechos adquiridos.

Para ello dividía a los trabajadores en tres grupos: (a) los que no tenían 10 años de servicios en la industria ferroviaria, que percibirían conforme al nuevo sistema y por tanto sin ese plus; - (b) los ya jubilados que percibían las pensiones con ese plus, que lo seguirían percibiendo normalmente; (c) los que, habiendo trabajado el mínimo de 10 años en la industria ferroviaria, estando, - por tanto, cualificados para percibir la pensión cuando se jubilen, no han obtenido un total de 25 años de servicios o una conexión actual (en 1974) con la industria ferroviaria, quienes no percibirían el plus o lo percibirían reducido si estuvieran también cualificados antes de 1975 para recibir la otra pensión general de la Seguridad Social.

Los demandantes fueron, naturalmente, los miembros de este último grupo, alegando que era irracional haber distinguido del resto de los trabajadores ferroviarios a los que han trabajado entre 10 y 24 años sólo por el hecho de tener una conexión en el año 1974 con dicha industria, conexión que se estimaba arbitraria y que convenció al juez de distrito, ya que, según éste, esa distinción no estaba relacionada en absoluto con la solvencia o insolvencia del conjunto del sistema (finalidad de la ley) aparte de que el Congreso en realidad no sabía lo que hacía.

El voto mayoritario (479) rechazó esta argumentación indicando: 1) que las prestaciones de Seguridad Social son de rango legal y por tanto el Congreso puede alterarlas o suprimirlas a voluntad, no constituyendo un interés fundamental (ni siendo sospechosa la clasificación creada); 2) que, por tanto, el test a aplicar era el de la racionalidad y no el estricto o intermedio; 3) que el fin de la ley era el que se deriva del propio lenguaje de la ley: intentar solucionar lo más equitativamente posible el problema de los beneficios sociales; 4) que ese fin se logra mediante un medio no arbitrario ya que la exigencia de conexión actual y real con la industria ferroviaria no es irracional porque se basa en el concepto de carrera profesional dentro de la industria; 5) que esa base racional es real aunque no fuera tomada en consideración para nada en el proceso legislativo; y 6) que da igual que el Congreso supiera o no lo que estaba haciendo, pues si se aplicara ese standard se anularían innumerables leyes.

El voto concurrente (480) resaltaba que esa forma de identificar la finalidad de la ley no era correcta, aceptando el argumento del voto particular de que el lenguaje sólo lleva a la tautología y de que el tribunal no puede hipotetizar cualquier clase de finalidad. Para J. Stevens, autor de este voto concurrente, motivos reales son los subjetivos del legislador, que pueden presumirse que tendría en cuenta un legislador imparcial. Si de las actas se deduce que el único fin del legislador era discriminar a ese grupo, la legislación sería inconstitucional. Como de ella se deduce que el perjuicio es el fruto de un costo calculado para salvar el sistema, éste sí es un motivo racional en el sentido de que cualquier legislador imparcial puede llegar a esa conclusión, ergo la ley es constitucional.

El voto particular (481) pone de relieve igualmente otra versión totalmente distinta del test de la racionalidad. Según esta opinión: 1) el fin de la ley aparece claramente en la memoria que acompaña al proyecto de ambas cámaras: reestructuración del sistema con respeto de los derechos adquiridos; 2) la identificación del motivo-fin por la mayoría es totalmente tautológica y equivale a decir que el Congreso tenía como fin realizar lo que realizó (lo que en esta ley equivale a decir que la finalidad era la de respetar los derechos adquiridos salvo para los trabajadores a los que no se les respeta); 3) aparece muy claramente en las actas de todas las fases del proceso que los representantes no entendían bien el sistema dando por seguro que no perjudicaban absolutamente a nadie (482), por eso, pretender que el motivo del legislador es sacrificar -

racionalmente a algunos para alcanzar un fin mejor, es radicalmente falso por inexistente; 4) aun admitiendo que el motivo sea el de la solución equitativa, en realidad no hay equidad alguna ya que el respeto de la expectativa de pensión a la que ya se tenía derecho es bastante más equitativo que su supresión, supresión que perjudica a los trabajadores maduros que no tienen facilidad de volver a entrar en la industria ferroviaria por la edad para completar los 25 años, mientras que los trabajadores más jóvenes, y a lo mejor con menos años de servicios (once en vez de veinti-tantos) se les pone claramente por delante (483) beneficiándose doblemente éstos últimos ya que todo el esquema legal anterior, el de 1937, estaba precisamente pensado para fomentar la jubilación y crear puestos de trabajo para los más jóvenes.

A juicio de los disidentes, por tanto, la clasificación no tiene nada que ver con el fin de la ley por lo que es irracional siendo en consecuencia inconstitucional.

Esta multiplicidad de opiniones entorno al tema de cómo se debe, si es que se puede, conjugar motives y purposes, y si éste último está embebido en el anterior; procede sólo del texto normativo que se examina o es el que puede presuponer un legislador imparcial; o el T.S. tiene que apreciar el fin que más se ajusta a los intereses constitucionales (fin vinculado a la constitucionalización de derechos prestacionales)... sólo pone de manifiesto la fermentación de un intento de primera magnitud por

parte del T.S. de volverse a plantear en toda su magnitud y extensión la operatividad del test de la racionalidad.

Schweiker v. Wilson (484) es un caso parecido aunque aquí la minoría contó ya con cuatro de los nueve votos (485).

Se planteaba en el supuesto de hecho la constitucionalidad o inconstitucionalidad de preceptos del programa SSI de la Social Security Act (486). Este programa hacía beneficiarios en general a incapacitados, ciegos y/o ancianos indigentes. Excluidos del mismo estaban las personas internadas en instituciones públicas con la excepción, a su vez, de los residentes en asilos u hospitales que vinieran recibiendo otro programa sanitario denominado Medicaid (487); éstos últimos recibían una prestación reducida del programa SSI frente a los demandantes que no percibían nada.

Dejando aparte el tema de si los internados en instituciones mentales constituyen o no una clase sospechosa equivalente a la raza, sexo, ... etc. a efectos de la aplicación estricta del principio de igualdad, tema sobre el que el T.S. renunció expresamente a pronunciarse (488), la mayoría apreció la constitucionalidad de la reforma ya que "no es irracional que el Congreso eligiera, preocupado por el equilibrio presupuestario, apoyar sólo a parte de los hipotéticos beneficiarios, dejando a los Estados la responsabilidad de cuidar de que los internados en sus instituciones tuvieran suficientes medios económicos personales (489)".

Para la minoría la racionalidad o irracionalidad dependía de la finalidad del programa y no se demostró en el juicio que la exclusión como beneficiarios de aquellos internados en instituciones públicas mentales era un medio de perseguir la finalidad general del programa SSI. "El gobierno no discute que los apelantes tengan o no necesidad de esa pequeña asignación y por tanto su presunción de que los Estados van a ocuparse del bienestar cotidiano de los internados no es motivo suficiente para justificar una desigualdad de trato con los internados en instituciones privadas o en instituciones no mentales públicas (490)".

Schweiker aclaró un poco más las cosas porque la mayoría ya anunció explícitamente la identificación de la ley con una finalidad vinculada a valores constitucionales: la potestad del Congreso de velar por el equilibrio presupuestario (lo que en Fritz sólo se decía de pasada al aludir al rango de ley ordinaria de las prestaciones sociales). La minoría objetivó otro fin de la norma vinculándolo -- también a valores constitucionales: per genérico de prestaciones sociales del SSI.

El T.S. parece estarse dando cuenta de que el elemento esencial del test de la racionalidad no es sino el de la reconstrucción de la finalidad de la ley y ahí es donde se libran las grandes batallas. Todo el T.S. ha dejado de intentar averiguar la auténtica finalidad en el propio lenguaje de la ley y los motives de los legisladores no son tampoco determinantes (salvo para el tema que no afecta al --

test sino al de si existe o no vinculación constitucional en la aplicación estricta o intermedia de la cláusula de igualdad).

Intentando salvar el viejo método, que suponía la "averiguabilidad" de la finalidad de las leyes, J. Stevens recurrió a una construcción original: la finalidad de la ley sería aquélla que podría presuponer un legislador imparcial.

El sector minoritario del T.S. se inclina por la vinculación de las leyes prestacionales a al valor constitucional que supone la máxima extensión posible de la cobertura social de riesgos (cuasi-constitucionalización de los welfare rights), como lo hiciera al decidirse por la extensión en vez de por la invalidación de la ley en relación con el tema de los efectos formales de las sentencias (491).

El sector mayoritario ha vinculado la finalidad de la ley a otro principio constitucional: la competencia parlamentaria de fijación del gasto público.

En último término, van a ser los valores que prevalezcan en la finalidad de vinculación, lo que los italianos llaman desviación de poder del legislador (492), quienes van a acabar conscientemente determinando el resultado de la aplicación del test de la racionalidad en la cláusula de igualdad.

El intento de J. Stevens es meritorio. Wechsler habría quedado encantado con él. Pero la crítica a los principios neutrales puede aplicarse por -

entero, sobre todo la de Miller y Howell (493) a el modo de razonar de J. Stevens.

Volvamos ahora al otro polo del diálogo: la doctrina constitucionalista.

c:5.- ¿Cómo se ha interpretado la reciente jurisprudencia en materia de motives y la más tradicional acerca del purpose de la ley a efectos de la aplicación del test de la racionalidad?.

Si el ataque al test de la racionalidad se basa en que inevitablemente conduce al examen de la finalidad de la ley, es obvio que todos cuantos consideran a aquélla un "instrumento analítico productor de confusión (494)", difícilmente pueden concordar con la tesis promotora del control de los motives.

Tres tipos de crítica se han dirigido hacia ambas técnicas: que son inoportunas, que son imposibles y que son irreales.

(a').- La inconveniencia de introducir el análisis de la motivación.

La primera objeción que se hace a la investigación de los motives (no directamente al test de la racionalidad) es la de los conflictos que pueden crear entre los distintos poderes constitucionales.

Como dice Eisenberg, resumiendo a Karst, "nin

gún órgano estatal desea que le digan que sus motivos son tan impuros que las normas por él promulgadas deben ser invalidadas (495)".

Efectivamente, como Karst ha puesto de relieve, la obligación de demostrar judicialmente la motivación que anima al órgano estatal puede resultar contraproducente. No es lo mismo acusar a un - órgano estatal de que sus medidas normativas pue--den tener un efecto racista, que acusarle de que - ese es uno de los motivos principales, precisamente, de la promulgación de la norma enjuiciada.

El problema se agrava si se tiene en cuenta - el papel de árbitro entre negociadores que tiene - actualmente el juez federal norteamericano (496). Se trata, en una palabra, de "evitar acusaciones - de mala fe (497)".

Este tipo de crítica no se basa, sin embargo, en ningún principio interpretativo, sino simplemente en la oportunidad o inoportunidad de llevar a - cabo la investigación subjetiva de la finalidad de la ley. Ni qué decir tiene que, en último término, es el principio de separación de poderes el que -- subyace en este tipo de opiniones.

(b').- La imposibilidad de averiguación de la voluntas legislatoris.

Sin embargo, ha sido el acento sobre la imposibilidad de la averiguación de los motives del legislador y de la finalidad de la ley lo que ha de-

satado más reacción tanto contra el test de la racionalidad contra la teoría de los motives.

Independientemente de la acusación de tautología que envuelve toda búsqueda de la finalidad de la ley (como diferente, por objetiva, de la del legislador), lo que se ha puesto de relieve es la imposibilidad de hablar de voluntad de un órgano corporativo, afirmación que, naturalmente, cobra especial relevancia e interés cuando dicho órgano corporativo es el órgano legislativo ya que "la distinción entre el proceso legislativo y el administrativo es realmente profunda en este contexto --- (498)".

¿Cómo averiguar los motivos de los representantes que votaron a favor de la promulgación de una ley? (499).

(c').- La acusación de irrealidad.

Es, sin embargo, ésta última la crítica que realmente incide con más agudeza tanto en la utilización del test de la racionalidad como en el estudio de los motives.

No se trata de averiguar si es posible o imposible llegar a conocer los motives o los purposes por los que se vota la aprobación de una ley, sino de saber si existen en absoluto tales motives o si están en absoluto relacionados con la ley cuya promulgación se vota.

La realidad del proceso legislativo no está -

relacionada con el resultado de ese proceso. Los representantes votan por disciplina de partido, para obtener votos para otra ley, por hacer un favor al promotor de la ley ... por miles de motives no relacionados con la ley objeto del voto (aparte -- por supuesto de los que votan conscientemente).

Pretender que el representante, o los grupos de representantes, tienen una motivación específica referida a la ley, es simplemente irreal.

Aplicando este razonamiento al test de la racionalidad se pregunta Linde: "¿por qué presumir -- que las leyes se promulgan por algún motivo pragmático? (500)", es decir, ¿por qué presumir siquiera la existencia de una finalidad concreta que se intenta conseguir precisamente por medio de una ley, la que se examina?.

"Si se toma en serio el test de la racionalidad, se está obligando al legislador a pronunciarse expresamente sobre si persigue algún fin concreto y cuál sea éste (501)", obligación que, como resulta obvio, no puede imponerse al órgano legislativo: "la Constitución no impone al proceso legislativo ninguna consideración de que cada ley responda como medio idóneo a la necesidad de satisfacer un fin concreto (502)".

En el mismo sentido afirma Posner que ello implicaría "la condena por inconstitucional del producto más característico del sistema político democrático (503)".

c:6.- La defensa del test de la racionalidad.

A estas alegaciones se ha respondido de manera diversa.

a) Frente a la acusación de inoportunidad --- Gunther alegaba que al insistir en la identificación de la finalidad del legislador se promueve la sinceridad y limpieza en el proceso legislativo --- (504) aunque, naturalmente, lo que pueden acabar produciendo es precisamente lo contrario, hipocresía (505).

b) Frente a la alegación de imposibilidad de averiguación de los motivos o de las finalidades de las leyes, ya cuando Gunther propuso "dar un nuevo mordiente" al test de la racionalidad (506), señaló que se tendrían que dejar aparte la "hipotetización" de motives o purposes: sólo las finalidades o motivos reales contarían a efectos del juicio de constitucionalidad y para ello están las actas de las reuniones de los órganos colegiados --- sean éstos administrativos sean legislativos (507). A esta misma idea responde el rechazo por otros defensores del test de la racionalidad del método empleado por el T.S. de "inventar" motivos o de admitir otros motivos introducidos en el proceso por el Attorney General pero que en realidad no jugaron para nada en el momento de promulgación de la ley (508).

Frente a esta justificación Linde puso de relieve uno de los problemas más agudos del examen -

de la constitucionalidad de las leyes: el efecto - del paso de tiempo en una ley. La doctrina de la - racionalidad justificada mediante sólo el examen - de los motivos reales haría depender del lugar y - tiempo de la promulgación la constitucionalidad de una ley. Segunda hipótesis, dice Linde, una ley -- puede promulgarse siendo un adecuado medio para -- conseguir un fin, pero sin cambia la situación de hecho, o avanzan las invenciones tecnológicas, pue de según esa lógica devenir irracional. Si sólo se tienen los motivos reales en cuenta, sólo puede te nerse en cuenta la situación fáctica del momento - de la promulgación, afirmación que el mismo T.S. - ha hecho a veces (509). Sin embargo, lo que al li tigante y a todo el mundo interesa es saber si la ley es hoy inconstitucional. El test de la raciona lidad llevaría a la absurda conclusión de crear un deber de revisión de las normas en el órgano legis lativo.

No sólo el tiempo sino también el lugar sería determinante de la apreciación de la inconstitucio nalidad: una norma adecuada para combatir un mal - puede ser inconstitucional o constitucional según el rango o la situación del órgano público que la promulgue. Una Ordenanza de un municipio pequeño - prohibiendo unos almacenes de material inflamable puede considerarse irracional en un municipio que tiene suficiente fuerza anti-incendios, o una es-- tructura topográfica favorecedora de los depósitos subterráneos (510) y, naturalmente, ser racional - en otro municipio que no los tiene.

Permitir, por tanto, la alegación de motivos

actuales aunque no reales lleva a unos resultados todavía más absurdos que el test de la racionalidad en su formulación clásica.

c) Finalmente, frente a la acusación de irrealidad pueden oponerse dos tipos de opiniones.

La primera de ellas consiste en que también es irreal pretender que los tribunales no enjuician la motivación última de las leyes así como los motivos concretos que dieron lugar a su promulgación. No sólo en el test de la racionalidad, donde ya todo el mundo lo admite, sino también en el enjuiciamiento constitucional en general operan éstos siempre. La noción de "categoría sospechosa (511)" se basa en la sospecha de los motivos del legislador precisamente. La noción de racismo o sexismo "benigno", que subyace en la "affirmative action (512)" se basa en el mismo principio. Pero incluso, fuera de la cláusula de igualdad, se ha puesto de relieve que ninguna cláusula constitucional es absoluta; demostrar cuál es el interés que subyace bajo toda ley es simplemente una operación totalmente necesaria. Toda la jurisprudencia de intereses se basa, pues, en un examen consciente o inconsciente de la finalidad o motivación de las leyes (513).

Por eso la respuesta de Linde es tajante: --- abandónese la doctrina por los tribunales y abandónese, si por ello es necesario, la jurisprudencia de intereses como método de adjudicación.

La segunda opción penetra realmente en el co-

razón de la disputa: aunque sea irreal es un instrumento útil. ¿Util para qué?. Util para fortalecer los valores sustantivos típicos de la sociedad norteamericana; por eso, todos los promotores o sostenedores del test de la racionalidad en último término no se ponen de acuerdo acerca del alcance del test y de qué tipo de legislación debe sostenerse.

Benett, por ejemplo, en último término, tiene presente uno de los grandes mitos judiciales de Norteamérica (514): que no se puede legislar en interés de una persona o grupo determinado. Así lo admite plenamente: "conceptos ampliamente difundidos acerca de la legitimidad de la actividad legislativa no toleran la existencia de legislación que simplemente favorece un interés a costa de otro, sea el interés de una persona o de un grupo determinado (515)", declarando las transferencias de riqueza, cuando son un fin en sí mismas, automáticamente inconstitucionales y estando aquéllas sólo justificadas cuando existe un interés estatal suficientemente grande que justifique la redistribución (516).

El mantenimiento del test de la racionalidad no tiene por qué, sin embargo, implicar concepciones sustantivas necesariamente ligadas al neoliberalismo que defiende la argumentación de Benett. Precisamente puede alcanzarse con el mismo método la constitucionalización de valores totalmente opuestos. Nadie mejor que Michelman para expresar esta versión del test de la racionalidad. Para Michelman, el test implica, efectivamente, un con-

trol de las finalidades que puede perseguir la ley; esos fines no son otros que la maximalización social de la riqueza, principio totalmente neutral, - para Michelman, que no significa sino la consecución del mayor bienestar para el mayor número de -- personas con el mínimo de costo posible (517). En -- último término, la constitucionalización de los --- welfare rights.

Otro tipo de presupuesto sustantivo es el que ofrece Bice que intenta demostrar cómo la finalidad de la ley-legislador sólo puede "obtenerse" no mediante manipulación por los tribunales de dicha finalidad sino mediante la exposición a la luz pública del fin que ellos creen que satisface; fin que normalmente será el que ellos creen que se identifica mejor con el bien común. Pese a que ese fin sea irreal, no es totalmente subjetivo porque su identificación se logra mediante otras fuentes normativas principalmente el llamado consensus (518).

Bice, en último término, recurre a la teoría - del costo marginal en la consecución de ese bien común identificado como finalidad de la ley. El test de la racionalidad implicaría la utilización por el legislador del medio (ley) menos costoso marginalmente para la consecución de ese fin (519).

Una justificación parecida tiene el otro mecanismo racionalista utilizado por el T.S. que dejamos un poco olvidado: el de el uso de la alternativa menos gravosa. Pese a su impugnación por el hecho de que implica un juicio absolutista de la ley,

tiene la ventaja de ser un juicio abierto ya que el legislador siempre puede utilizar el medio menos -- gravoso normalmente señalado por el propio tribunal (520). En último término su racionalidad no es otra que la "económico-marginalista (521)": en concreto, en palabras de Brest, "el modelo de Pareto de la alternativa óptima menos restrictiva (522)", modelo -- estudiado y popularizado en el ámbito jurídico pú-- blico norteamericano por Rawls (523) el más conocido sociólogo-iusnaturalista con quien se vincula a Michelman (524).

Naturalmente, todo fundamento sustantivo del -- test de la racionalidad es una forma de apelación a otras fuentes normativas distintas del mecanismo medios-fines en que se apoya la simple razón como --- fuente.

Finalmente, por lo que a la crítica de la in-- vestigación de los motives se refiere, hay que dejar claro, sin embargo, que el ostentar una posición procedimentalista entorno al tema de qué derechos puede constitucionalizar el T.S. no implica estar a favor ni en contra del test de la racionalidad ni de la investigación o no de los motives.

Ely, por ejemplo, el más reciente defensor de la postura antisustantivista (525), es a la vez el iniciador de la corriente promotora de la investiga-- ción de la motivación del legislador: es fácil de -- comprender, pues el test opera también muchas veces una "limpieza" en el proceso de decisión política.

Naturalmente, otros procedimentalistas se opo--

nen a ello porque lo que importa del proceso decisivo no son las motivaciones, que siempre apelan a valores sustantivos, sino el mantenimiento de los requisitos procedimentales (526).

En resumen, quienes critican el test de la racionalidad con más fuerza pretenden su total abandono debiendo limitarse el T.S. a vigilar la regularidad procedimental de los mecanismos de la elaboración de la ley (ius-administrativizándolo si se quiere). El control de los interna corporis por el T.S. será el que nos diga si realmente hubo o no discriminación. En todo procedimiento legislativo en el que se atisbe que algún representante defendía intereses particulares será sospechoso (527).

Los que defienden el test de la racionalidad (528) se apoyan en dos razones distintas: (a) la atribución al T.S. de la "segunda promulgación" actuando como legislador imparcial (lo que va en favor del mito representativo pero en contra del papel constitucional e institucional que debe jugar un auténtico tribunal) y (b) la vinculación de los fines de las normas a valores constitucionales que, naturalmente, varían según quién lo proponga, pues pondrá más o menos énfasis en un valor determinado en contra de otros. Es sin duda ésta la postura del T.S. con excepción de J. Stevens quien intentando resucitar la teoría de los principios neutrales de Wechsler parece acercarse más a la postura de Linde: el T.S. debe actuar como lo haría un legislador imparcial, sólo cuando de las actas se deduce claramente la intención de determinados legisladores de discriminar, o de incurrir en otra conducta incons-

titucional, debe entrar a operar la cláusula de --- igualdad, por medio del test de la racionalidad, --- dando lugar a la anulación de las normas (529).

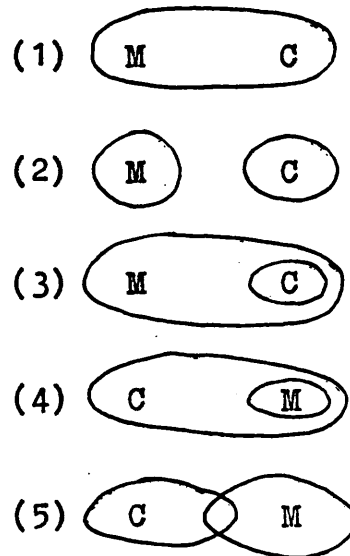
c:7.- Los intentos de retorno a una aplicación cohe-
rente de la cláusula de igualdad.

En todo caso, hay quién ha defendido que el --- test de la racionalidad, así como la investigación de los motives, pueden tener una justificación pura-
mente lógica en la aplicación de la cláusula de --- igualdad.

Estas posturas pretenden el análisis de la --- cláusula de igualdad en términos abstractos haciéndose la siguiente pregunta: ¿qué tipos de desigualdades son posibles o reales en abstracto?, o mejor, ¿ en qué consiste la desigualdad de una ley?.

A esto es a lo que el test de la racionalidad y la investigación de los motives pretenden cada --- una a su modo dar soluciones.

En 1949, en un artículo que hizo época, Tuss-
man y TenBroek intentaron desarrollar todos los es-
quemas lógicos posibles de desigualdades que una --- ley puede producir (530). En su conjunto existen --- cinco variantes matemáticas. Si entendemos por M el mal que la legislación trata de corregir y por C la característica definidora de la categoría, o mejor, de la clase o grupo objeto del tratamiento desigual, las combinaciones posibles son sólo cinco:



(1) Se trata de la ley perfecta. El mal que se trata de evitar coincide totalmente con el grupo -- que la causa. La discriminación es perfectamente racional.

(2) El grupo al que se trata desigualmente no tiene nada que ver con el mal que la legislación -- trata de corregir: la ley es perfectamente irracional, y por tanto inconstitucional.

(3) La ley no trata desigual a todos los causantes del mal, sino que distingue a un solo grupo y por ello le penaliza desigualmente, ya que tenía que incluir la clasificación a otros grupos -- de personas. Es lo que se denomina un "underinclusive statute" (clasificación de masiado reducida).

(4) Es el supuesto contrario. La ley trata desigualmente a demasiada gente. Lo lógico sería que la ley abarcara sólo al grupo que causa el mal y no a tanta gente que nada tiene que ver con ello. Es -- lo que se denomina "overinclusive statute" (clasifi

cación demasiado amplia).

(5) Finalmente, se trata del caso de una ley a la vez underinclusive y overinclusive. (Ni son todos los que están, ni están todos los que son).

Este esquema lógico desarrollado por Tussman y TenBroek obedecería sólo a la lógica sino fuera por un defecto básico, o mejor, por el presupuesto que las subyace: ¿implica la frase igualdad ante la ley la inconstitucionalidad de todos los supuestos (2) a (5)?.

Si así fuera se produciría el paradójico fenómeno de que se permitirían discriminaciones obvias por razón de sexo, religión, raza ... etc. y se anularían, en cambio, leyes de existencia obvia y necesaria como las tributarias.

Pese a que se demuestre empíricamente que un mal que se trata de evitar tiene un origen claramente racista, por ejemplo, (el "alcoholismo" en los emigrantes del sur de Europa a finales del siglo -- XIX, por ejemplo, o la mayor disposición de los emigrantes orientales en la costa oeste de Estados Unidos en el mismo período a trabajar por salarios y jornadas realmente escandalosos, situaciones ambas que dieron lugar a la promulgación de leyes que fueron declaradas inconstitucionales y no hace mucho tiempo), la ley, pese a ser perfectamente racional, es a la vez, obviamente inconstitucional.

Para financiar las obras públicas se crea un tributo nuevo que grava la compraventa de joyas; La

ley es perfectamente irracional, pero, a la vez, perfectamente constitucional.

En una palabra, la igualdad lógica no tiene nada que ver con la constitucionalidad que juega con otras fuentes normativas.

Para evitar gran parte de los inconvenientes se acudió a la categorización de "clases sospechosas" o de "intereses fundamentales" en que la lógica no opera para nada: es directamente el fin de la norma lo que se controla; si ese fin es ilegítimo da igual -- que la ley sea un medio racional para alcanzar ese fin.

Sin embargo, el mito racionalista hizo al T.S. aplicar la cláusula conforme a ese esquema lógico en lo que se entiende por el test de la racionalidad en sentido propio, en el sentido de clasificación socio-económica que no se basa en la existencia de ninguna clase sospechosa ni desigual en el ejercicio de un derecho o interés constitucional.

¿Debe existir este test amparado exclusivamente en la racionalidad?. Sea como fuere, existe, pero no es de extrañar que equivalga a pura deferencia al legislativo. Sólo cuando los intereses afectados son quasi-constitucionales: los derechos sociales en Jimenez y Moreno (531) o cuando se va a crear una nueva categoría sospechosa, como en Reed v. Reed, por ejemplo, (532), es cuando el T.S. refuerza el test de la racionalidad y amparándose en él anula leyes como inconstitucionales. Si la minoría en Fritz o -- Schweiker hubiera sido mayoría solo se habría opera-

do el mismo fenómeno que en Moreno o Jimenez, la ---
quasi-constitucionalización de derechos prestaciona-
les. Pero de todas formas ello lo veremos con mucho
más detalle cuando hablemos en el capítulo quinto de
esta tesis de la constitucionalización de los welfa-
re rights.

En todo caso, lo que sí queda claro, es que ---
cuando el test de la racionalidad opera con eficacia,
precisamente en ese momento, el T.S. se sale de la -
lógica-razón como fuente para realmente operar con -
otras: la jurisprudencia de intereses o la jurisperu-
dencia de los valores sustantivos.

C.- EL DERECHO NATURAL COMO FUENTE DE INTERPRETACION.

"La referencia a la naturaleza de las cosas, al carác-
ter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se -
suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil
inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosa-
mente evitado por una jurisdicción constitucional" (STC de -
10 de Noviembre de 1981. Cuestión de inconstitucionalidad nú-
mero 48/1981. Voto particular que formula el Magistrado D. -
Luis Díez Picazo).

C:1.- Introducción:

En 1978 Ely despachó el tema del Derecho Natural co-
mo fuente normativa señalando que "el concepto ya no go-
za de respeto alguno entre los constitucionalistas (533)".
Esta afirmación no es, sin embargo, nueva en absoluto. -
También en 1930 la casi totalidad de los juristas nortea-
mericanos afirmaban que el Derecho Natural "no había te-
nido significación práctica alguna en la evolución del -
Derecho Norteamericano (534)".

Frente a estas posiciones no sólo está el hoy expreso reconocimiento de que el Derecho Natural sirvió - en determinadas épocas históricas como fuente normativa, como veremos en este apartado, sino también el reconocimiento de que, en la actualidad, sigue siendo una de -- las principales fuentes interpretativas de la Constitución. Cox, por ejemplo, no duda en afirmar que "el Derecho Natural legitima tanto para el público como para el propio juez el papel 'reformador' de la justicia constitucional (535)".

El estudio detenido de hasta qué punto es verdad - que el T.S. haya utilizado o siga utilizando el Derecho Natural se hace pues, al menos, necesario.

C:2.- La influencia del Derecho Natural en la Constitución Norteamericana.

Si la utilización de argumentos de Derecho positivo en la América pre- y post-revolucionaria ha sido discutida (536), nadie duda que el Derecho Natural, en su versión racionalista del siglo XVIII, fue el gran fundamento teórico de la Revolución. Basta leer la Declaración de Independencia para atestiguarlo.

La propia Constitución, en cuanto documento escrito, puede considerarse desde el punto de vista norteamericano como "el intento de codificación de principios - de justicia y de derechos naturales"; "codificación que, por supuesto, no los agota (de ahí enmiendas como la número 9)"; y principios y derechos naturales cuya "plasmación en un documento no es un acto de voluntad o poder sino de mero descubrimiento y declaración; princi--

pios y derechos que no deben su existencia al hecho de estar reconocidos en un texto constitucional (537)".

Sin embargo, esta legitimación por el Derecho Natural tanto de la Revolución como de la Constitución, ¿implica que el Derecho Natural siguió siendo fuente normativa después del momento constituyente?. Esta es realmente la pregunta que exige respuesta.

C:3.- Coke y Blackstone.

Ya veremos como la idea en sí misma de la justicia constitucional puede considerarse como heredada del Derecho Constitucional inglés (538). Pues bien, dicha --- afirmación es verdad si se considera a Coke como el auténtico exponente del Derecho inglés. Blackstone, por el contrario, afirmó el principio de supremacía absoluta parlamentaria. Si la ley era contraria al Derecho Natural moralmente no debía obedecerse pero su fuerza vinculante no cedía un ápice (539). Cuando se afirma la herencia inglesa del Derecho Norteamericano se acentúa, por tanto, la herencia del Derecho Inglés de Coke frente a la de Blackstone (540).

Sin embargo, como Corwin puso de relieve (541), --- cuando el propio Blackstone hablaba de "derechos adquiridos" es dudoso que admitiera como absoluto el principio de soberanía parlamentaria. Para Blackstone el poder judicial tenía una forma clara de manifestación: el common law, de forma que la intervención legislativa sería contemplada como algo excepcional, controlable y --- adaptable por los tribunales; el common law no suponía sólo la posibilidad de creación judicial del Derecho ---

(en áreas no legisladas) sino la interpretación judicial del statute law. En una palabra, el common law elevado a rango de Derecho Natural del que tanto se quejara Roscoe Pound(542).

C:4.- La Magna Charta como consagradora del Derecho Natural.

Igualmente tendremos ocasión de ver cómo la Magna - Charta puede considerarse introductora de la "law of the land" interpretada como "procedural due process (543)". También el "substantive due process" puede tener allí su origen (544). Pues bien, no acaba ni mucho menos con --- ello la influencia en el Derecho norteamericano de la --- Magna Charta.

La recepción norteamericana del Derecho Natural no es propiamente la del Derecho Natural racionalista, que sólo tuvo gran auge cuando fue utilizada como argumento revolucionario, y posteriormente por los abolicionistas, y en la delimitación de los derechos derivados de la propiedad, sino que en realidad la gran recepción del iusnaturalismo lo es del Derecho Natural anglosajón: la llama da "rule of reason", constitucionalizada en la Magna --- Charta (545).

Efectivamente, existen tres aspectos del due pro---cess que se basan claramente en dicha rule of reason: el due process como límite al ejercicio arbitrario del po---der; el dua process como aplicación general de las leyes y el due process como límite al poder legislativo cuando éste ataca derechos adquiridos (546). Finalmente, hay -- otra versión del due process, como el derecho a procedi---mientos justos y equitativos, que no recurre realmente -

al aspecto consuetudinario del common law, cosa que en cambio si hacen muy claramente los tres anteriores al - deberse interpretar el due process siempre conforme a - la razón anglosajona.

Estas versiones de la law of the land constituyen realmente el Derecho Natural como fuente normativa constitucional en Norteamérica, de forma que al constitucionalizarse en ella la rule of reason vino a suponer que toda legislación no razonable (siendo el common law el criterio de la razonabilidad) no era law of the land y, por tanto, era por contraria al due process. Esto es -- precisamente lo que Pound denominó el common law como - Derecho Natural.

C:5.- El due process como límite al poder legislativo - frente a los derechos adquiridos.

No está claro si el mismo Blackston2 dudaba acerca de la posibilidad de un cambio legislativo contrario a los derechos adquiridos. Para el jurista inglés había - tres tipos de derechos absolutos de todos los individuos (547): el derecho a la seguridad personal; a la libertad personal y el derecho a la propiedad.

Interpretados por la mente norteamericana los dos primeros aparecían ampliamente detallados en las Constituciones federal y de los Estados. Es el tercero el que obviamente no aparecía recogido como derecho fundamental, ni tampoco aparecían detalladas sus posibles infracciones. Como demostró Corwin es a la protección del derecho de propiedad en sus distintas versiones a lo -- que se destinó como fuente el Derecho Natural a lo lar-

go del siglo XIX (548).

Tanto los tribunales estatales, principalmente la - Cancillería de New York y el T.S. de Massachusetts, por medio de Kent y Shaw (549), como el T.S. se dedicó ampliamente a la protección de los llamados derechos adquiridos: todo interés patrimonial otorgado por ley, que no podía ser menoscabado por otra ley, pues estarían aquellos ya en el dominio privado.

El problema, una vez asentado el principio, se convirtió en uno de ámbito: ¿qué tipos de intereses patrimoniales se protegen?, ¿los dividendos de las sociedades?, ¿los privilegios otorgados a sociedades o asociaciones - cuando según el Derecho de sociedades su constitución requería carta especial?, ¿el derecho a cobrar una tarifa ferroviaria libremente contratada?, ¿el derecho a que no sea expropiada la propiedad si el motivo no es rigurosamente público?, ¿el derecho a un impuesto no progresivo? ... etc., todos ellos resueltos por los tribunales estatales y en concreto por el T.S. a lo largo del siglo XIX.

Dejando aparte las elaboraciones de los tribunales estatales, que como en otros aspectos, son la semilla de las futuras tendencias del T.S. (550), vamos a estudiar el tema concreto que nos afecta: ¿hasta qué punto el T.S. reconoció esa doctrina y, sobre todo, hasta qué punto se basó en el Derecho Natural?.

(a).- Los orígenes.

El origen de la doctrina de los derechos adquiridos (vested rights) se encuentra en la propia jurisprudencia

del T.S. quien en Calder v. Bull (551) recurrió ampliamente a concepciones iusnaturalistas para fundamentar la justicia constitucional. Hay que resaltar que Marbury v. Madison (552) tardaría otros cinco años en decirse. De todas formas gran parte de Calder v. Bull puede considerarse obiter dictum ya que en realidad se sostuvo la validez de la ley y, además, esa ley era una ley estatal por lo que no afectaría para nada su resolución al argumento básico de Marbury (el examen de la constitucionalidad de las leyes federales).

En la citada sentencia, J. Chase señaló que "existen leyes que ni los Parlamentos estatales ni el federal pueden promulgar sin exceder su ámbito de autoridad", singularmente "las leyes que privan o entorpecen el ejercicio de derechos adquiridos conforme a la ley aplicable", "leyes que son especialmente opresores e injustas". Se trata de las "leyes que castigan una acción inocente ...; que destruyen o impiden llevar a cabo un contrato privado legalmente pactado; que hacen de alguien su propio juez (553); que privan de la propiedad a A para dársela a B: si el pueblo hubiera confiado a sus representantes tal poder, éste iría contra la justicia y la razón; y, por tanto, no puede presumirse que lo hayan hecho. El genio, la naturaleza y el espíritu de nuestros Estados equivalen a una prohibición de dichas leyes; y los principios generales de la Razón y la Justicia las prohíben".

El valor de esta apelación al Derecho Natural todavía se acentúa más si se contrasta con el voto particular en la misma sentencia de J. Yredell quien, citando a Blackstone, rechazó abiertamente que pudieran estable

se límites no estrictamente constitucionales, es decir, en el texto del documento, a la autoridad legislativa.

¿Cuál de las dos versiones metodológicas triunfó a la larga en el Derecho Constitucional Norteamericano?.

(b).- Los primeros años del Tribunal Marshall.

La apelación al Derecho Natural para proteger los llamados derechos adquiridos no es una prerrogativa de los años anteriores a la era Marshall. También este --- gran jurista recurrió a la misma tesis en Fletcher v. - Beck (554): "habiendo permitido mediante ley el Estado de Georgia que el inmueble pasara a manos del comprador, Georgia no podía, debido a que lo prohíben los princi-- pios generales comunes de nuestras instituciones y preceptos particulares de nuestra Constitución, legislar - que el traspaso de propiedad era nulo (555)".

El flirteo de C. J. Marshall con el Derecho Natu-- ral acabó, sin embargo, con este caso para, a partir de entonces, pasar a apoyar la teoría de los derechos ad-- quiridos en la contract clause del artículo I Sección - 10 de la Constitución (base "textual") (556). Esta cláu-- sula constitucional pasó a ser la gran cláusula de cana-- lización del Derecho Natural hasta la redacción de la - enmienda número 14, llegando a fundamentar, pese a que modernamente se haya criticado que fuera realmente el - vehículo de canalización (557), todo el desarrollo in-- dustrial norteamericano previo al laissez faire (558).

La teoría de los derechos adquiridos no acabó, em-- pero, englobada enteramente en la contract clause sino

que dio lugar a una interpretación iusnaturalista de -- tres poderes estatales que justificarían el intervencio nismo administrativo, o en general público, decimonóni co como son los de "policía", el poder "tributario" y -- el "expropiatorio". Esta interpretación, a su vez, da-- ría origen al substantive due process económico.

(c).- Las ramificaciones de la doctrina.

Efectivamente, como demostró Corwin, la teoría de los derechos adquiridos afectó a tres poderes básicos -- de los Estados (559): el "police power", el "eminent -- domain" y el "power of taxation" (560).

c:1.- El poder de policía.

El poder de policía de los Estados no es más que la "policía administrativa" aplicada al campo de la regulación económica.

El T.S. lo consagró, no sin grandes dudas, en Munn v. Illinois (561). Pero a la vez que lo con sagraba, ponía las bases para su destrucción ya -- que la intervención estatal, amparada en el poder de policía, debía ser "razonable". Este término es susceptible de una doble versión: (a) la razónalis ta, de la que nos hemos ocupado en otro capítulo -- (562), como relación entre medios y fines de la -- ley: es "razonable" todo lo que directamente favo rece la moral, salud ó seguridad públicas; y (b) -- la iusnaturalista, que es más amplia: el juez de-- termina qué es "razonable" conforme a criterios -- abstractos de justicia; es decir, la versión anglo

sajona del Derecho Natural (563).

El propio Kent había reconocido el poder de policía de los Estados, pero reconduciéndolo, como explica Corwin (564), al common law. En Coates v. --- Mayor of the City of New York (565) el Canciller -- Kent admitió la validez de las regulaciones de policía sin necesidad de indemnización cuando existiera una "public nuisance" (molestia pública). Pero, como dice Corwin, para Kent eran los tribunales, "atendiendo a los standards del common law", los que debían enjuiciar la cuestión de hecho: cuando existe o no en realidad una molestia (566). Se trata, -- pues, de nuevo de un common law iusnaturalizado del que se habría de quejar muy posteriormente Pound -- (567).

Naturalmente, lo que acabó imponiéndose fue el enjuiciamiento de la "razonabilidad" de la legislación intervencionista sin necesidad de recurrir en absoluto al common law: es el due process como límite al ejercicio arbitrario del poder quien en último término vendría a especificar la "razonabilidad" o no de toda ley estatal (568). En su versión simplificada vendría a dar lugar a la célebre máxima -- de que sólo lo razonable es constitucional.

Los repertorios de sentencias del T.S. están -- llenos de alusiones a los derechos naturales (principio de libertad contractual derivado de los derechos adquiridos) cuya privación constituía un ejercicio arbitrario del poder de policía. Lochner v. -- New York (569) es sólo el primer caso de la lista. Había multitud de antecedentes en votos particula--

res reconociendo la constitucionalización de la libertad contractual, comenzando por el de J. Field - en los Slaughter-House Cases (570). Omitimos citarlos para no cansar al lector (571).

Las alusiones del T.S. llegaron incluso a confundir el Derecho Natural como medida de lo arbitrario y de lo razonable con la ley divina o con la -- ley económica de mercado (572).

c:2.- El poder tributario.

Uno de los aspectos más asombrosos de la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX es el de los límites al poder tributario.

Kent recogió igualmente en sus Commentaries el principio de que los impuestos debían ser "proporcionales en relación con la propiedad (573)".

Pues bien, este principio recoge el segundo de los aspectos del due process, el que consagra el -- principio de la absoluta generalidad de la ley en -- el sentido de que la ley debe tratar a todos por -- igual.

No sólo impidió este principio durante 18 años la instauración de un impuesto federal sobre la renta, sino que consiguió que el T.S. reconociera el -- principio de que los impuestos necesitan responder a una finalidad pública para ser constitucionales. Este es exactamente el principio que hará que el T. S. considere inconstitucional a toda la "legisla---

ción protectora especial", legislación tendente a -- proteger a un grupo social más de lo que lo hace -- con el resto, argumento que gozó de enorme exten--- sión aunque disfrazado en diversas fórmulas pues en prácticamente la totalidad de los escritos de las -- partes que atacaban la coñstitucionalidad de leyes a finales del XIX y a principios del siglo XX que -- hemos tenido ocasión de hojear aparece expresamente recogido.

En el primero de los casos, Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co. (574), pese al literalismo que -- parece invadir la sentencia del T.S., basándola en el artículo I Sección 8 cláusula 1 (uniformidad en la imposición) de la Constitución, hay quien ha defendido que lo que ocurrió fue que los argumentos -- iusnaturalistas del abogado de la parte proponente de la inconstitucionalidad fueron realmente los que influyeron en el T.S. Para William Guthrie, la ---- igualdad implicaba la inconstitucionalidad de la -- progresividad impositiva, pues ello obedecía a una política concreta redistributiva y no a un princi--- pio general de igualdad (totalmente formal naturalmente) (575).

En el segundo de ellos, Loan Association v. -- Topeka (576), el T.S., por primera vez, reconoció -- la doctrina llamada del "publice purpose" como prin--- cipio limitador del poder tributario; es decir, un tributo es inconstitucional si ha sido impuesto pa--- ra obtener fondos que van luego a parar a manos pri--- vadas. El tema responde, por tanto, a la parte sus--- tantiva de la litigación de los casos de bonos muni

cipales (577). Como ha resumido McCurdy, "por medio de una vigorosa campaña de promoción que incluiría una subvención de 100.000 dólares a los ciudadanos de Copeka, los vecinos de dicha comunidad habían conseguido atraer al mayor fabricante de puentes de acero bruto a su ciudad. Posteriormente, la ciudad repudió la deuda y ... el T.S. sostuvo que no podía obligarse a los tenedores de bonos a cumplir sus obligaciones, otorgando el numerario. Hablando por la mayoría, J. Miller sostuvo que ... 'el dinero de los contribuyentes no puede usarse para subvencionar intereses particulares en vez de destinarse a fines públicos' (578)". Los impuestos deben tener una causa pública. Esta doctrina, hacía tiempo reconocida en los tribunales estatales, se fundamentó puramente en el Derecho Natural. J. Miller escribió en un conocido pasaje que "existen derechos en todo gobierno libre fuera del control del Estado. Existen límites a ese poder que se derivan de la esencia de todo gobierno libre; reservas implícitas de derechos individuales, sin los que el contrato social no puede existir y que son respetados por todos los gobiernos que se precian de tales".

La sentencia de J. Miller recoge la síntesis de la versión iusnaturalista norteamericana: el texto no recoge todos los límites al poder, existen poderes implícitos (579) y éstos se derivan de los principios de gobierno. Esta última expresión no debe extrañar pues tanto los principios de gobierno como el recurso al contrato social eran la forma literaria normal usada en el siglo XIX por los defensores del Derecho Natural (580).

El tercer caso es igualmente clave. En plena - época del substantive due process económico el T.S. rechazó la legislación protectora de los sindicatos, a nivel federal en Adair v. United States (581) y a nivel estatal en Coppage v. Kansas (582), declarando inconstitucional la legislación prohibitiva de - los llamados yellow-dog contracts, cláusula pactada en los convenios por los que el trabajador acordaba no pertenecer a algún, o determinados, sindicatos. - El pretexto formal fue la constitucionalizada libertad contractual, pero no hay que olvidar el auténtico substrato real de la sentencia: lo que es inconstitucional es la legislación especial, protectora - de un grupo concreto de personas, en este caso, los sindicatos.

Los tres casos citados no son más que un ejemplo de la regla de Derecho Natural enunciada por -- J. Chase en Calder v. Bull (583) y, como tal, enraizada en la mente decimonónica norteamericana: es - inconstitucional proteger a un grupo concreto, o -- sea, privar de propiedad a A para dársela a B que - es de lo que en realidad se trata si se "estira" el concepto del derecho de propiedad a través de la libertad contractual.

El origen de esta idea se encuentra precisamente en la estructuración del poder expropiatorio.

c:3.- El dominio eminente.

La doctrina del eminent domain fue la primera en establecerse en los Estados Unidos. Kent desarrolló en sus Commentaries (584) el caso previamente -

decidido por él mismo en Gardner v. Newburg (585). - En esta sentencia, basándose exclusivamente en la autoridad de Grocio, Puffendorf, Bynkershoek y Blackstone, Kent desarrolló las siguientes premisas resumidas por Corwin: "1) que el Parlamento puede expropiar por causa de utilidad pública; 2) que ello implica una automática indemnización; 3) que esa indemnización alcanza a todos aquéllos sujetos que resultan dañados por el uso por el Estado de la propiedad expropiada; y 4) que el Parlamento no es el juez final ni de la cantidad de la indemnización, ni del carácter público de la utilidad a satisfacer (586)". - Esta declaración competencial, naturalmente, va acompañada de la correspondiente consecuencia: si el motivo no es auténticamente público, la privación se ha hecho sin due process of law.

Pues bien, el T.S., aunque tardó bastante, acabó reconociendo igualmente el principio. Como dijo - Missouri Pacific Railway Co. v. Nebraska (587), "la expropiación por el Estado de propiedad privada de una persona física o jurídica sin el consentimiento de su dueño, para uso privado por otra, no es due process of law y sí una violación de la enmienda 14".

La atribución competencial para enjuiciar si existía o no causa de utilidad pública se atribuyó - no al legislador sino, automáticamente, a los jueces.

C:6.- Otras manifestaciones iusnaturalistas en la misma época.

La diversificación de las manifestaciones de la doc-

trina de los derechos adquiridos no agota ni mucho menos el campo del Derecho Natural como fuente normativa.

Otros autores han señalado y recogido otras distintas de aquéllas en las que se centrara Corwin. Haines, - por ejemplo, indica cómo un vehículo básico para la introducción del Derecho Natural fue el de considerar a -- los jueces como últimos árbitros de la "razonabilidad" - en multitud de cláusulas y en concreto en la apreciación de la constitucionalidad de las tarifas de los servicios públicos (588). En Stone v. Farmers' Loan and Trust Co. (589) el T.S. admitió que los Parlamentos podían fijar - dichas tarifas en uso de su poder de policía, sin embargo, en un obiter dictum C. J. Waite expresó sus dudas acerca de si el T.S. podría revisarlas. La situación no se resolvería definitivamente hasta 1889 cuando en Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway Co. v. Minnesota --- (590), J. Blatchford, extendiendo el dictum anterior de G. J. Waite, indicó que "el tema de la 'razonabilidad' - de las tarifas ferroviarias ... es eminentemente una --- cuestión judicial que requiere due process of law para - su determinación"(591). Su origen no es otro que el de - la extensión del poder judicial a todo ámbito donde lo - que hay que enjuiciar fuera la "razonabilidad", exten--- sión basada naturalmente en las concepciones de Coke --- acerca de la rule of reason.

Otra de las manifestaciones del iusnaturalismo, que la doctrina no ha resaltado sino de pasada, lo constituye el retraso en la aplicación de la cláusula de igualdad a las discriminaciones por razón de sexo. En estos - casos la apelación al Derecho Natural fue ya clarísima. Como se ocupó de resaltar J. Brennan en 1973, en Frontie-

ro v. Richardson (592), J. Bradley había recurrido en el siglo XIX ni más ni menos que a la ley del Creador para justificar la no inclusión de estas discriminaciones en la interpretación de la cláusula de igualdad de la enmienda 14 en el caso Bradwell v. State (593). La sentencia no tiene desperdicio, por eso la reproducimos. Las mujeres no podían practicar la abogacía por las siguientes razones: "El hombre es, o debería ser, el defensor y protector de la mujer. La natural y apropiada timidez y delicadeza que acompaña al sexo femenino evidentemente le hace incapaz para muchas funciones en la vida civil. La Constitución de la organización familiar, que se basa en el orden divino, así como en la naturaleza de las cosas, nos muestra el ámbito doméstico como aquél que adecuadamente corresponde al dominio y funciones de la femineidad. (La idea de una mujer ejerciendo una carrera distinta e independiente de la de su marido repugna a) La armonía, por no decir identidad, de intereses que hay, o debe haber, en la institución familiar. El destino y la misión por autonomasia de la mujer consiste en realizarse como esposa y como madre, sin duda tareas nobles y benignas. Esta es la ley del Creador".

Ni qué decir tiene que también el common law puede entenderse que sirvió como fuente ya que, como decían las Leyes de Finch (594), "las leyes positivas contrarias directamente a la anterior (la ley de la razón) -- pierden su fuerza, no son leyes en absoluto. Como las contrarias a la ley natural. Tales, por ejemplo, la de los egipcios que lanzan a las mujeres al comercio y al manejo de la cosa pública manteniendo a los hombres en los cubículos domésticos".

C:7.- El Derecho Natural como fundamento del procedural due process: la incorporación.

A medida que el uso del Derecho Natural decaía por el cada vez mayor alejamiento del T.S. de la realidad social (595), un nuevo debate iusnaturalista iba formándose.

En 1908, en Twinning v. New Jersey (596) el T.S. - reconoció como posibilidad el que algunos de los derechos personales salvaguardados por el Bill of Rights, - frente al gobierno federal, pudieran salvaguardarse también frente a la acción de los Estados ya que "su denegación equivaldría a la denegación de due process".

Frente al sistema anterior de enjuiciamiento del due process como cuáles procedimientos podían ser admisibles, basada la respuesta en la historia inglesa primero y en conceptos más amplios después desde Hurtado v. California (597), ahora los procedimientos se impondrían a los Estados en vez de procederse a analizar si determinados procedimientos de los Estados podían tolerarse. El tema es, sin embargo, el mismo pues no es más que la formulación positiva del tema que, en su formulación negativa, había ido enjuiciando el T.S. a lo largo de todo el siglo XIX.

Pues bien, la "incorporación" del Bill of Rights a los Estados, negada desde 1833 (598), ha sido un fenómeno que se ha producido en un siglo de jurisprudencia, - aunque realmente el gran paso sólo se dio con el Tribunal Warren.

La tesis más conocida, por lo radical y extraña que

pareció en su época, fue la de J. Black. En su voto particular en Adamson v. California (599) J. Black mantuvo la tesis de que los constituyentes de la enmienda 14 -- pretendieron que el Bill of Rights se aplicase a los Estados, pero nada más que dicho Bill of Rights y no -- otros procedimientos ni derechos sustantivos.

La reacción de J. Black es una reacción antiusnaturalista típica: sólo el texto y el originalismo son -- fuentes normativas válidas. Acusando al T.S., y en concreto a J. Frankfurter, de estar utilizando el Derecho Natural como fuente normativa, el voto particular acompañaba un apéndice conteniendo un resumen de la historia de la elaboración de la enmienda número 14 (600).

Sin embargo, su posición jamás obtuvo una mayoría en el T.S. y, aún así, la incorporación se llevó a cabo (601).

Por el contrario, el T.S. utilizó el llamado método de la selective incorporation formulado por J. Cardozo en Palko v. Connecticut (602), método que utilizaba el propio J. Black para redactar sentencias mayoritarias "incorporadoras" de alguna de las cláusulas concretas del Bill of Rights (603).

J. Cardozo había propuesto precisamente la nacionalización de aquellas cláusulas del Bill of Rights cuya ausencia en los procesos estatales atacara el concepto de "libertad dentro de un orden" y "donde no habría justicia ni libertad si dichas libertades se sacrificaran".

Ello permitiría a J. Cardozo distinguir entre la -- libertad de expresión de la primera enmienda (604) o el

derecho a la asistencia de abogado en el caso de la sexta enmienda en los supuestos en que su ausencia equivaliera a un quasi-linchamiento (605) y el derecho a la garantía frente a la double jeopardy de la enmienda número 5, por ejemplo, (606), de tal forma que los primeros iban realmente contra el concepto de libertad civilizada mientras no lo hacía el segundo, por lo que aquéllos fueron "incorporados", aplicándose a los Estados y éste último no lo fue.

Cuando el T.S. en Adamson, aplicando los esquemas conceptuales de Palko, decidió no "incorporar" el privilegio de autoacusación de la enmienda número 5 fue cuando J. Black atacó a los conceptos generales de "libertad dentro de un orden", "decencia civilizada", ... etc. como si se trataran de Derecho Natural.

Es en este plano, y no en el estrictamente histórico, donde la polémica entre J. Black y J. Frankfurter alcanzó su punto álgido.

Para éste último, el due process de la enmienda 14 tiene una "potencia independiente" del resto del Bill of Rights. Frente a la tesis incorporadora de J. Black, J. Frankfurter afirmaba que el due process no incorporaba específicamente ninguna de las garantías de las ocho primeras enmiendas; frente a la tesis limitadora de J. Black en el sentido de que la enmienda 14 sólo incorporaba precisamente los derechos enumerados en el Bill of Rights, J. Frankfurter afirmaba que los posibles derechos que la "libertad civilizada" o la "justicia" genérica podían requerir que se aplicasen a los Estados, o al propio gobierno federal, no se limitaban a los enume

rados en dichas primeras ocho enmiendas (607).

El enfrentamiento se repitió en innumerables casos de los que Rochin v. California (608) es quizás el más significativo ya que las pretensiones de objetividad de J. Frankfurter, justificando el método al que J. Black había calificado de Derecho Natural, salieron expresa y explícitamente a relucir.

Rochin planteaba un caso límite. Inspectores de policía, sin mandato judicial, habían entrado en el apartamento del acusado que estaba en la cama. Al verlos entrar el acusado se tragó dos cápsulas de morfina. Los inspectores intentaron hacerle vomitar y, al no conseguirlo, le llevaron al hospital donde ordenaron hacerle un lavado de estómago. El informe médico, confirmando que había morfina en el estómago, fue utilizado como prueba por el fiscal.

J. Frankfurter, redactor de la sentencia mayoritaria, declaró inconstitucional este tipo de conducta aunque estuviera admitida por la ley estatal, ya que "producía un shock en nuestras conciencias". El voto concurrente de J. Black se basaba en que si la enmienda 5 — prohibía la autoacusación forzada, el supuesto de hecho lo era claramente, por lo que debía incorporarse pero — por tratarse de un derecho expresa y explícitamente — constitucionalizado en el Bill of Rights y no porque — apelara a las conciencias de los magistrados.

J. Frankfurter, intentó entonces demostrar que el método usado por la mayoría era realmente objetivo, haciendo del judicial self-restraint un método interpreta

tivo objetivo: "esta concepción del due process no es -- una resurrección del Derecho Natural... Las posibilidades del due process pueden ser vagas e indefinidas, pero su método de búsqueda no es subjetivo. En cada caso el due process requiere una evaluación basada en una investigación desinteresada con espíritu científico, una equilibrada exposición de los hechos y de las pretensiones -- en conflicto, ...".

Se trata, pues, para J. Frankfurter, de la intrínseca competencia de los jueces para apreciar estándares de comportamiento como justos y equitativos.

Quizás sus propias palabras en Louisiana ex rel. -- Francis v. Resweber (609) son las más precisas: "No podemos dejar de reconocer que (el caso que examinamos) implica la aplicación de estándares de justicia y equidad -- concebidos en términos abstractos. No suponen la aplicación de estándares meramente personales, sino de estándares impersonales de la sociedad que sólo los jueces, como órganos de la ley, tienen competencia para aplicar -- (610)". "No puedo sacudirme de encima la convicción de -- que si yo dijera que Louisiana está violando la cláusula de due process de la enmienda 14 en el caso de autos ..., no estaría aplicando mis propios puntos de vista sino el consensus de la opinión social que, a efectos de la aplicación del due process, es el estandar que la Constitución declara aplicable por los jueces (611)".

En una palabra, consensus, es la fuente a la que J. Frankfurter apela, interpretando que algunas cláusulas -- constitucionales (para él la de due process) supone un -- mandato a los jueces para que aprecien la existencia o -- no de dicho consensus social.

Naturalmente, una vez que dicha fuente se admite, ¿por qué limitarla a el due process?

El consensus puede servir de fuente para todo y -- así la ha utilizado realmente el T.S. principalmente -- en la otra variante de la cláusula de due process, la no procedimental, el substantive due process en la década de los años 70.

Sin embargo, por lo menos, ya no se habla de contrato social, de justicia, de principios de los Estados libres, de derechos inalienables ... etc. sino que se apela a fuentes totalmente distintas: en concreto -- el consensus (como ya hiciera con el procedural due process J. Frankfurter), la tradición y los valores -- sustantivos.

¿Son éstos Derecho Natural?. Por respeto a sus -- proponentes nos tratamos como independientes ya que -- sus pretensiones de objetividad son mucho mayores que la de los proponentes abiertamente del Derecho Natural (612).

En todo caso, conviene finalmente recordar que incluso en el tema de la "incorporación" el T.S. ha limitado sus pretensiones universalistas para recogerse en torno a los valores anglo-americanos (613).

C:8.- A modo de conclusión.

Puede decirse, pues, que hoy en día el término -- iusnaturalismo se utiliza más como acusación que como fundamentación de sentencias, acusación que proviene, -- normalmente, de los propios magistrados al formular vo

tos particulares sean concurrentes o disidentes.

Por otra parte, un gran sector de la jurisprudencia que J. Black llamara Derecho Natural no puede considerar se realmente tal ya que apela a otras fuentes en la fundamentación de las sentencias. Típicamente todo el procedural due process, en su proceso de incorporación a los Estados a través de la enmienda 14, apela, en boca de J. Frankfurter, al consensus.

En tercer lugar, no tienen por qué identificarse automáticamente Constitución no escrita y Derecho Natural. Como ha puesto de relieve Grey (614), la apelación a --- fuentes no escritas no tiene por qué identificarse con el Derecho Natural en el mundo norteamericano. El fenómeno aparecía ya muy claramente en los argumentos independentistas revolucionarios donde el esfuerzo por legitimar la revolución a partir del propio Derecho Constitucional inglés atrajo a gran número de juristas. La reciente limitación del procedural due process a los principios del Derecho Anglosajón tiene, más bien, este carácter. El tema aparecerá de todas formas más claramente cuando examinemos el Derecho Inglés como fuente (615).

En cuarto lugar, es cierta la apreciación de Ely de que si en el siglo XIX el T.S. (con la aceptación de la doctrina) consideraba fundamento bastante a efectos de una sentencia legítima el hablar de derechos naturales - (616), hoy en día nadie se atreve a hablar o a proponer abiertamente el iusnaturalismo (617).

Ahora bien, esta afirmación exige una matización ya que, de un lado, existen sectores doctrinales que no tie

nen reparo alguno en apelar al iusnaturalismo y, de otro, gran parte de lo que se denomina jurisprudencia de los valores sustantivos no es sino la variante moderna, si bien sin aquél nombre, del iusnaturalismo.

Efectivamente, existen sectores doctrinales que no tienen objeción en categorizar, con aprobación, la labor del T.S. como el vehículo de canalización moderna del pensamiento iusnaturalista tradicional en Norteamérica, aunque matizando la afirmación al acentuar la "juridificación" que del propio Derecho Natural se opera al recurrir los tribunales a los principios jurídicos (o al método jurídico si se prefiere) en este proceso de positivización del Derecho Natural.

El propio Cox puede describir mejor lo que con ello se quiere expresar. Cox parte de la imposibilidad de revisar los fundamentos del judicial review al haber sido ya convalidados por la historia: "el sistema parece haber trabajado y los resultados, pese a protestas notorias aisladas, son en general aceptables (618)". -- Pues bien, "de las fuerzas que dieron forma a esa historia y a la reacción del país frente a la jurisprudencia, dos parecen haber sido dominantes: (a) la necesidad de que exista un árbitro para resolver los conflictos que engendra un sistema de gobierno tan complicado y (b) la fe profunda y constante del pueblo norteamericano en el Derecho Natural (619)".

Esta última es, a su juicio, tan grande que permite dudar de hasta qué punto la legitimación histórica del judicial review es fruto de dicha fe en el iusnaturalismo o de la plasmación en el Bill of Rights de derechos aparentemente positivos (620).

En concreto, Cox comprende perfectamente que se ha ya interpretado la cláusula de due process como conteniendo aspectos sustantivos, pues si no, el T.S. no habría encontrado otra forma de canalizar ese iusnaturalismo predominante. "El persistente recurso del T.S. a nociones de substantive due process durante casi un siglo atestigua la fuerza de nuestra herencia iusnaturalista en la adjudicación constitucional y pienso que -- oponerse a ella no sólo es inútil sino también poco sabio (621)". Naturalmente, lo que se discute son algunas de las decisiones amparadas por el T.S. en el substantive due process ya que si el iusnaturalismo de los miembros del T.S. no coincide con el del pueblo norteamericano acabarán las sentencias produciendo una falta de -- aceptación y una erosión del sistema, a la vez que el -- proceso de "positivación" del Derecho Natural tiene que adoptar necesariamente la metodología o "razón" jurídica, basándose en principios absolutos, pues si se apoya en otras fuentes, como hace Roe v. Wade (622) al basarse -- en datos científicos (623), ello no supone un "abuso de la función judicial". En una palabra, el iusnaturalismo se mueve en el campo de los valores, no en el de las -- constataciones científicas porque el Derecho como ciencia no es una ciencia natural.

Cox no es el único en reconocer, y llamarlo así -- abiertamente, el iusnaturalismo como fuente interpretativa. Recientemente el magistrado del doceavo circuito James L. Oakes ha explicado el Bill of Rights como mero intento de plasmación de valores iusnaturalistas que -- son los que hay que tener en cuenta a la hora de aplicarlo. "Veo el Bill of Rights como la codificación de -- principios de humanismo, como un documento que intenta dar cuerpo a nuestra religión nacional"; "hablo aquí de

humanismo como implicando la libertad, la tolerancia y un cierto grado de iusnaturalismo, reconociendo el valor y la dignidad del hombre"; "cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia sobre la que ni siquiera el bienestar de la comunidad como un todo puede prevalecer (624).

Oakes representa claramente el punto de transición entre lo que se denomina iusnaturalismo y la llamada jurisprudencia de los valores sustantivos.

Efectivamente, las críticas al iusnaturalismo desde que a partir de los años 20 la sociological jurisprudence y el realismo jurídico revitalizaran la visión -- instrumentalista del Derecho (625), ha hecho desaparecer, salvo muy pocas excepciones, la invocación al Derecho Natural.

Sin embargo, la tradición iusnaturalista de que hablara Cox no ha hecho sino reorientarse a través de los valores sustantivos, que de esta forma han pasado a ser la jurisprudencia dominante en Norteamérica (aunque --- enormemente contestada por la doctrina).

Los valores fundamentales como fuente tienen una -- doble vertiente, la que intenta enlazar con la sociological jurisprudence a través del consensus y la que parte de la afirmación absoluta de valores en sí mismos y con independencia de que respondan o no al consensus social (sin perjuicio de que ese consensus siempre tiene que jugar a posteriori en la aceptación general por el pueblo norteamericano de dicha jurisprudencia, pero no como fuente a utilizar a priori).

Estas formas son hoy predominantes. Nada impide — realmente calificarlas de iusnaturalismo; pero como sus propugnadores (y la propia jurisprudencia) se desvinculan formalmente de tal terminología nos ha parecido más oportuno calificarlas simplemente de jurisprudencia de los valores.

D.- LA JURISPRUDENCIA DE LOS VALORES.

"La Constitución es una norma —como se ha señalado— pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por — cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico". (STC de 31 de Marzo de 1981. — Recurso de amparo número 107/1980).

D:1.- Introducción.

Decíamos antes, al hablar del iusnaturalismo como fuente, que la versión moderna no recurre explícitamente al Derecho Natural sino a otras fuentes: la tradición, los valores o el consensus.

Dejamos de momento aparte el tema de la invocación por el T.S. y sectores doctrinales de la tradición o de filosofías morales, entendiendo por tales la Filosofía política o la Filosofía moral de pensadores concretos — (626) para centrarnos en la teoría de los valores.

Los valores no son en sí mismos una fuente diferente del consensus sino que precisamente es el consenso — en los valores fundamentales aquéllo a lo que se otorga el carácter de fuente.

Desde un punto de vista doctrinal han sido sin du-

da alguna ⁰Tribe y Perry quienes han revitalizado los argumentos en pro de la utilización de este sistema de interpretación constitucional; el primero defendiendo los valores sustantivos en cuanto tales (627), el segundo - haciendo hincapié en los mecanismos de percepción de -- esos valores (el consensus y su legitimidad así como el método para constatarlo) (628). Sin embargo, la defensa de los valores sustantivos no tuvo un origen doctrinal sino, por el contrario, jurisprudencial.

Su antecesor fue obviamente el iusnaturalismo del siglo XIX y principios del XX (629), así como la invocación del consensus en la polémica acerca de la "incorporación" (630).

Hoy en día la invocación de los valores constituye la jurisprudencia dominante en la interpretación de muchas cláusulas constitucionales entre las cuales destacan la primera enmienda (teoría de las preferred freedoms), la nueva cláusula de igualdad y el nuevo substantive due process, aparte de ser la técnica general de interpretación cuando se produce el choque entre valores amparados en dos cláusulas constitucionales diferentes (lo que hemos venido en llamar "jurisprudencia de -- intereses en sentido amplio (631)").

D:2.- La teoría de las preferred freedoms.

La teoría de las preferred freedoms, cuyo antecesor más inmediato fue la célebre nota a pie de página -- número 4 de United States v. Carolene Products Co. (632), fue formulada tajantemente por primera vez, según Ducat (633) en 1945 en el caso Thomas v. Collins (634). Anu--

lando una ley de Texas que obligaba a todos los sindicalistas a registrarse en el Estado, sometiendo sus actividades al otorgamiento de una previa licencia, el T.S. en palabras de J. Rutledge afirmó que "la normal presunción de constitucionalidad cede ante la preferencia en nuestro sistema de las grandes e indispensables libertades garantizadas por la primera enmienda (635)".

Sólo "un gran interés público (646)" puede justificar una restricción de esas libertades.

La teoría, por tanto, no sólo consiste en la afirmación de la supremacía de determinadas cláusulas constitucionales, sino que ello se refleja en el juego de la presunción de constitucionalidad, de forma que es el Estado el que tiene que justificar la ley a la que se dota de una presunción de inconstitucionalidad. Paralelamente la inversión de la carga de la prueba conlleva la necesidad de proveer con una mayor justificación a la ley, con lo que no basta alegar cualquier interés estatal sino que ese interés debe tener un plus suficiente para sobrepasar al protegido constitucionalmente.

En una palabra, se había "inventado" un doble estandard de constitucionalidad: por una parte, los derechos económico-sociales se sujetaban después de 1937 a la -- norma de Thayer de que sólo una inconstitucionalidad manifiesta y clara podría anularlas (aplicándose el test de la racionalidad), pero, por otra, a los derechos protegidos por la primera enmienda se les dotaba de una -- fuerza mucho mayor donde no bastaba un interés razonable del Estado para justificar la legislación, sino que hacía falta un plus mucho más estricto en el interés -- alegado: la disociación entre derechos de propiedad y -

derechos personales que había consumado aunque, como dijo Hand, "nadie acertara a comprender por qué el derecho de propiedad no era un derecho personal (637)".

Esta contraposición entre derechos personales y derechos patrimoniales, para recabar de los jueces una especial protección de los primeros, se debe principalmente a la mente de C. J. Stone (638), pero, en todo caso, se trasladó desde la libertad de expresión de la primera enmienda, donde fue muy combatida por J. Frankfurter (639), a otras cláusulas constitucionales.

D:3.- La extensión de la teoría: la nueva cláusula de igualdad.

De la libertad de expresión pasó a las de reunión, asociación, prensa y religión dentro de la primera enmienda (640), y desde allí a otras cláusulas entre las que destacan la de igualdad y la de substantive due process.

Toda la new equal protection con sus clasificaciones sospechosas e intereses fundamentales suponen pura y simplemente la constitucionalización de valores a los que se dota de una jerarquía superior a la del resto de los intereses públicos. Sólo valores superiores como -- los de la seguridad nacional (641), los militares (642) ó la necesidad de asegurar el censo a efectos electorales (643) han superado, de vez en cuando, a los intereses fundamentales ó a las categorías sospechosas (644).

Precisamente por ello, quienes abiertamente buscan constitucionalizar otros valores o intereses en el mundo jurídico norteamericano (645), pretenden que el T.S.

incluya a una categoría como sospechosa (646) o a un interés como fundamental (647).

La postura de J. Marshall es la única voz disonante dentro del T.S. contraria a esta dualidad de niveles de constitucionalidad, propugnando un sistema en escala que atienda mejor a todos los intereses y derechos aunque no se les califique expresamente de fundamentales - (648).

De hecho, esta tendencia ya se ha empezado a manifestar en la jurisprudencia del propio T.S. pues tanto la discriminación por razón de sexo (649) como la discriminación "benigna" por razón de raza (650) o la doctrina de las irrebutable presumptions (651) generan un test intermedio de constitucionalidad a medio camino entre el test estricto y el test de la racionalidad. Incluso con otras categorías sospechosas como la extranjería o la ilegitimidad, el tipo de control no es realmente estricto, sino intermedio.

D:4.- El gran florecimiento: la resurrección del substantive due process (los llamados rights of privacy and personhood).

A partir de 1965 (652) expresamente se reconoce -- con rango constitucional el derecho a la intimidad ---- (right of privacy). Realmente había antecedentes, tanto anteriores a la semi-revolución de 1937, donde no es de extrañar que existieran jueces semilibertarios (653), como posteriores, aunque la falta de reputación del due process obligara a J. Douglas a amparar el derecho a la pocreación (654) en la cláusula de igualdad, lo mismo -

que ocurrió con el derecho al matrimonio (655) ó al divorcio (656).

Sin embargo, el reconocimiento abierto de los valores de la autonomía personal es realmente la auténtica revolución del Tribunal Burger.

Desde 1973, con Roe v. Wade (657), la extensión del substantive due process ha sido total: derecho al matrimonio (658), derecho a vivir juntos los miembros de la familia (659), derecho a decidir el internamiento de los hijos en instituciones mentales (660), derecho a la educación familiar privada de los hijos (661), derecho de los encargados de la educación de menores a no ser despedidos del trabajo por embarazo, alegando el "nocivo" efecto que pudiera tener sobre los alumnos (662), derecho, todavía dudoso, a no ser penado por prácticas homosexuales privadas (663), derecho a la planificación sexual no integrada en la familia (664)... etc., etc.

Estos valores de intimidad o personalidad no se limitan ni mucho menos al ámbito del due process, sino que aparecen también en otras cláusulas como la primera (libertad de expresión) al reconocerse el derecho a negarse a diseminar la ideología oficial (665) o el derecho a no ser penalizado por la posesión privada de material obsceno (666) o como las que regulan los límites a la actuación policial (667).

Sin embargo, qué duda cabe de que el substantive due process es la gran cláusula de los llamados autonomy rights.

D:5.- Otros valores sustantivos.

Naturalmente, la teoría de los valores fundamenta--
les no se limita a las cláusulas abiertas (open-ended),
aunque lógicamente es en la interpretación de éstas don--
de es más llamativa, sino que la práctica totalidad de --
las cláusulas constitucionales son interpretables desde
el punto de vista de los valores sustantivos que las sub
yace.

En algunas, la apelación a los valores fundamenta--
les es casi imposible de eludir. La octava enmienda con
su prohibición de castigos crueles e inusuales es el ---
ejemplo típico, aunque el T.S. tuviera que esperar hasta
Coker v. Georgia, en 1977 (668), para declarar inconsti--
tucional la pena de muerte basándose en criterios sustan--
tivos (669), y no estructurales (670), en un caso concre--
to (671). ¿Qué duda cabe de que el concepto de crueldad
varía con el tiempo y con los parámetros socio-cultura--
les!.

En otras cláusulas el valor fundamental es el que --
quedó petrificado, pero su substrato es susceptible de --
ampliarse a otras situaciones por analogía, nuevas situa--
ciones que el cambio de vida impone. Como veremos al ha--
blar de los welfare rights (672) o como vimos al expli--
car cómo opera el test de la racionalidad en la discrimi--
nación (673), en último término todo el tema se resuelve
a la contraposición entre valores sustantivos; por una --
parte, los derechos prestacionales, por otra, el princi--
pio parlametario de ordenación democrática del gasto pú--
blico.

En una palabra, como puso Tribe de relieve, toda la

Constitución, absolutamente todos y cada uno de sus preceptos, son perfectamente interpretables desde el punto de vista de los valores sustantivos que encarnan(674).

D:6.- Las fuentes de esos valores o intereses.

En todo caso, no nos interesa tanto saber qué valores o intereses han resultado potenciados, de lo que se ocuparía un estudio de la jurisprudencia constitucional sustantiva norteamericana, como las fuentes interpretativas de donde se han derivado.

Y ello, sobre todo, en aquellos casos en que el valor o interés no está amparado en el texto, lo que excluye las cláusulas más específicas.

¿Qué determinó el que los valores de la primera enmienda fueran clasificados como tales?. ¿De dónde se extrae la calificación de "sospechosa" de determinadas categorías que puedan resultar discriminadas?. ¿Qué hace - que determinados intereses sean calificados de fundamentales a efectos de la aplicación del principio de igualdad?. ¿Cómo se identifican a priori qué derechos va a incluir el substantive due process? ... etc.

(a).- La primera enmienda.

Los fundamentos de las libertades protegidas por la primera enmienda varían según se traten de las cláusulas religiosas, cuyo origen es claramente histórico (675) y las de asociación-reunión-expresión, trilogía cuyo fundamento es común.

La preferred position de éstas últimas ha sido una

las cuestiones más debatidas en la teoría constitucional norteamericana.

Exponerlas aquí nos llevaría muchísimo, por lo que vamos a recoger meramente su enunciación judicial.

La primera explicación clásica fue la formulada -- por el voto particular de J. Holmes en Abrams v. United States (676), haciendo referencia al "mercado de ideas" (competition of the marked of ideas), concepto conocido en la filosofía política anglosajona a través de Milton (677).

El segundo tipo de argumento, canalizable hacia -- Stuart Mill (678) en el mundo de las ideas políticas, -- es el que contempla a la libertad de expresión como un medio para alcanzar la verdad, lo que traducido en términos jurídico-constitucionales lleva a la primera enmienda como esencial para su gobierno auténtico en los sistemas democráticos, tesis cuya mejor exposición fue sin duda la del profesor Alexander Meiklejohn (679), y que ha sido repetida incansablemente por el T.S. como -- fundamento de la posición preferente de las libertades de la primera enmienda desde Stromberg v. California -- (680), su primer antecedente, hasta la moderna inclusión del commercial speech en el ámbito abarcado por la libertad de expresión de dicha enmienda (681).

El tercer tipo de argumentación es el que defiende el valor de la libertad de expresión como medio y fin -- en sí misma y que ya fuera recogida en otro célebre voto particular, esta vez de J. Brandeis, en Whitney v. California (682).

Sin embargo, aunque de hecho la primera enmienda si gue gozando de una posición preferente, en parte por el "absolutismo" de J. Black (683), su auténtico fundamento no es tan claro porque todavía hay sectores en constante evolución muestra de lo cual es precisamente la espectacular incorporación de la pornografía al ámbito de la -- primera enmienda, incorporación llevada a cabo por el -- Tribunal Warren (684) y la incorporación del commercial speech, por el Tribunal Burger (685), aparte de que existen áreas o sectores de la primera enmienda que son más clásicos, como el del symbolic speech, en los que los intereses estatales que pueden prevalecer como limitación a las libertades de la primera enmienda están todavía difusos en la jurisprudencia constitucional (686).

Naturalmente, estas ampliaciones o dudas se produ--cen precisamente porque el fundamento de la posición preferente no está tan claro como la visión tradicional tripartita de fuentes pretende hacer ver.

(b).- Las categorías sospechosas.

En 1938, en una nota a pie de página de la senten--cia United States v. Carolene Products Co. (687), el entonces solo Justice Stone (688) introdujo tres párrafos que se han convertido en el gran fundamento del test estricto de la constitucionalidad motivado por la aplica--ción de la cláusula de igualdad:

"Puede que el ámbito de operatividad de la presun--ción de constitucionalidad sea menor cuando la legisla--ción parece contradecir directamente (on its face) alguna prohibición específica de la Constitución, como los - de las 10 primeras enmiendas (...).

No es necesario considerar ahora si la legislación que restringe aquéllos procesos políticos que ordinariamente se espera que produzcan la derogación de legislación indeseada debe someterse a un examen judicial más estricto, bajo la enmienda catorce, de lo que lo son -- los otros tipos de legislación (...).

Tampoco necesitamos ahora investigar si este tipo de consideraciones deben también tenerse en cuenta cuando lo revisado son leyes dirigidas contra minorías religiosas, nacionales o raciales específicas; si el prejuicio contra minorías discretas y aisladas (discrete and insular minorities) tienen una condición especial que -- tiende seriamente a recortar la operatividad de aqué---llos procesos políticos en los que normalmente se confía para la protección de las minorías y que quizás pueden dar lugar a un examen judicial más cuidadoso (...) (689)".

Esta célebre nota a pie de página, cuya elaboración ha salido a la luz pública (690), ha sido la clave para la especial protección de aquéllas minorías que judicialmente adquieren la condición de discretas y aisladas. La categoría se convierte en sospechosa precisamente cuando los jueces consideran que su carácter aislado no puede dejar de serlo por el prejuicio histórico-social.

Si el primer párrafo simplemente recoge la posible inversión de la presunción de constitucionalidad, el segundo sirve de fundamento para la constitucionalización de derechos no sustantivos sino meramente procedimentales o adjetivos (691), y el tercero para la especial -- operatividad de la cláusula de igualdad por encima del

test de la racionalidad.

Los prejuicios raciales fueron los primeros en motivar la aplicación del examen más cuidadoso de la constitucionalidad (strict scrutiny), siendo las clasificaciones raciales categorizadas como sospechosas desde Korematsu v. United States (692), aunque, debido al originalismo de la enmienda 14 ya habían sido anuladas leyes -- discriminadores por razón de raza antes de 1944 pese a -- que lo fueran sin la inversión de la presunción de constitucionalidad (693).

El segundo tipo de minoría incorporada a la definición del párrafo 3 de la nota de Carolene Products fueron los extranjeros, entendidos como no ciudadanos y como minorías norteamericanas por su antiguo origen nacional, supuestos en los cuales se produjo la asimilación a la discriminación por razón de raza como muy bien precisa Tribe (694). Ya el primer caso repitió la célebre frase de Carolene (695) aunque hay que dejar bien claro que el examen varía por los elementos estructurales de la división de poderes (696) de forma que depende de quién -- alegue el interés para deshacer la presunción: los Estados (en que el interés alegado muy pocas veces la vence) o la federación (con muchas más posibilidades de regulación en general del derecho de extranjería).

La tercera minoría discreta e insular, aunque sin -- haber sido jamás expresamente calificada como tal, fue -- la de los hijos ilegítimos. Formalmente, insisto, no han sido calificados nunca como categoría sospechosa, sin embargo, de hecho generan estas clasificaciones automáticamente al menos un examen intermedio (intermediate scruti-

ny) de constitucionalidad. Así lo fundamentó el primer caso y así sigue. Merece la pena por ello reproducir -- los argumentos de J. Douglas en Levy v. Louisiana (697): "lo que se examina es si la discriminación es racional, pero hemos sido especialmente sensibles cuando se trata de derechos civiles básicos y no hemos dudado en anular clasificaciones que se basan en el prejuicio (invidious classifications) pese a que tales discriminaciones tuvieran cierta tradición e historia".

La cuarta, ya es más conocida, se trata de la discriminación por razón de sexo. Su origen es igual que el de la discriminación por filiación ya que Reed v. Reed (698) aplicaba formalmente el test de la racionalidad. Sin embargo, en casos posteriores, quedó muy claro que el prejuicio tradicional (699) era el motivo generador de un examen más riguroso que el del mero test de la racionalidad acerca de la constitucionalidad de las leyes que discriminaban a la mujer.

Este test ha resultado ser en la práctica el típico ejemplo de examen intermedio de constitucionalidad.

Formalmente, con estas cuatro categorías se acaban las categorías sospechosas, pero los intentos de introducir en el sistema nuevas categorías siguen abiertos; la homosexualidad es citada por Tribe como una de ellas (700) y la de los enfermos mentales es una cuestión pendiente que el propio T.S. ha reconocido como tal cuestión pendiente sin negar, por tanto, que no pueda llegar a serlo (701).

(c).- Los intereses fundamentales a efectos de la aplicación del principio de igualdad.

Cuando se trata de la constitucionalización como interés fundamental a efectos de la aplicación de la cláusula de igualdad, de algunos valores o intereses, es el párrafo 2 de la nota de Carolene Products el que motiva la reversión de la presunción de constitucionalidad.

El control de la apertura de los canales de participación, es decir, de la auténtica estructuración, no falseada, de los procesos políticos va a ser el fundamento esencial bien de la reforma de esas estructuras a través de la cláusula de igualdad, bien de la anulación de los resultados injustos motivados por esos procesos (702).

Ejemplo de lo primero es la tan repetida "invasión" de la redistribución de los distritos electorales (703) cuyo fundamento reside precisamente en la impugnación de la teoría de las cuestiones políticas como aplicables a estos supuestos. Y ya vimos cuál es precisamente el fundamento de la invasión de áreas antes consideradas como no justiciables, el rechazo de la cláusula de garantía y la invocación del principio de igualdad (704).

Ejemplo de lo segundo son los intereses concretos - declarados fundamentales: de libre movimiento interestatal, de voto y de acceso a la justicia.

Shapiro v. Thompson (705), el caso "creador" del -- primero de los intereses mencionados, es precisamente el más discutido porque su constitucionalización no enlaza claramente con la apertura de los canales políticos, sino más bien con la protección de los indigentes como minoría discreta y aislada. El caso será discutido con detalle posteriormente (706).

El derecho de voto como interés fundamental, especialmente el derecho de voto en elecciones estatales, - que no aparece recogido en ninguna cláusula constitucional (707), fue constitucionalizado abiertamente en --- Harper v. Virginia Board of Elections (708) simplemente "porque es el derecho que garantiza el resto de los derechos". No hay duda de que es el aspecto de salvaguardia de una auténtica participación (párrafo 2 de Carole-ne) el único y básico fundamento.

Finalmente, el acceso a la justicia, constitucionalizado en Griffin v. Illinois (709) y, sobre todo, en - Douglas v. California (710), tiene ya claramente un valor sustantivo, el de la no discriminación por razón de la pobreza, como auténtico fundamento y difícilmente es enlazable con la de la apertura de los canales de participación, de ahí que remitamos a otro apartado su justificación (711).

Si existen categorías cuyo carácter de sospechosas todavía está en juego, lo mismo no ocurre con los restantes intereses fundamentales en los que el T.S. ya -- claramente ha rechazado su "fundamentalidad" pero tendremos ocasión de ver este rechazo también en otros --- apartados (712).

(d).- Las fuentes del substantive due process.

Si en la aplicación de la cláusula de igualdad el fundamento es adjetivo, con no pocas excepciones como - la de la procreación en Skinner (713), el matrimonio -- en Loving (714) y los welfare rights (715), en el substantive due process los valores sustantivos aparecen ya con toda nitidad.

De hecho, la tendencia hacia los valores fundamentales era prácticamente irreversible desde 1965 (716) y precisamente fue la desnaturalización de la cláusula de igualdad al implicar su aplicación cada vez más claramente la constitucionalización de derechos sustantivos (717) lo que provocó su resurrección en un desarrollo dialéctico interclausular al que frecuentemente hemos aludido (718).

Pues bien, en sus orígenes, la resurrección del substantive due process no reconoció la total ausencia de la cláusula constitucional en la que amparar el derecho a la planificación familiar mediante el uso de los anticonceptivos. Efectivamente, el párrafo del voto de J. Douglas en Griswold ha sido uno de los más curiosos por el auténtico esfuerzo que supone por enlazar de algún modo con el texto constitucional:

"Los reseñados casos (jurisprudencia de libertad de expresión, inviolabilidad del domicilio, de prohibición de requisa de alojamiento por los militares en caso de paz ... etc.) sugieren que las garantías específicas del Bill of Rights tienen penumbras, formadas por emanaciones de esas garantías que les dan vida y contenido".

Estas penumbras de los preceptos y emanaciones de esas penumbras no son más que un intento de enlazar in extremis con el texto de la Constitución en el momento de constitucionalizar el derecho a la intimidad (right of privacy) que no aparece para nada en la Constitución sino en sus aspectos prohibitivos de la inviolabilidad del domicilio por los poderes públicos, pero nunca como un derecho individual a tomar decisiones sin interferen

cias de esos poderes públicos.

Roe v. Wade (719) ya independizó la fuente, planteando una de las polémicas más agudas de toda la historia del judicial review.

Dos de las fuentes de esos valores serán estudiadas específicamente con posterioridad: tradición (720) e ideología (721).

Sin embargo, éstos son intentos aislados, ya que el argumento principal es de carácter sociológico: el consensus del pueblo norteamericano en que esos valores deban ser constitucionalizados (722).

Pese a ello, los más estrictos defensores de los valores fundamentales en sí mismos rechazan este tipo de argumentación. Como dice Tribe, "estamos hablando precisamente de derechos de los individuos o grupos contra la comunidad en sentido amplio y contra la mayoría --aunque sea abrumadora-- de la sociedad", por lo que "los tribunales deben precisamente definir y defender esos derechos ... contra el consensus de la voluntad mayoritaria (723)".

Para los defensores estrictos de los valores fundamentales, son los valores en sí mismos, como autoevidentes, los que deben reafirmarse y esta posición ha sido en parte defendida por el propio T.S. aunque a veces recurra al common law (724) ó a las legislaciones estatales (725) para reforzar su argumentación.

Efectivamente, en Meachum v. Fano (726) el voto --particular de J. Stevens (727) defendió el valor básico

de la libertad individual, del que últimamente los supuestos concretos no son sino manifestaciones, como algo evidente: "Había pensado que era evidente en sí mismo que el Creador había otorgado a todos los hombres la libertad como un derecho inalienable. Es esta libertad fundamental la que el due process protege, más que los derechos y privilegios particulares que confieren leyes o reglamentos específicos".

Naturalmente, nadie explica cómo de la libertad como leit motiv constitucional básico, que en sí mismo sería discutible, se concretan normas a través de la actuación judicial.

Una precisión se hace finalmente necesaria. La resurrección del substantive due process, que J. Black — creía definitivamente muerto (728), ha planteado un tema lateral básico: ¿Es una auténtica resurrección?. ¿Se trata de una vuelta al poder judicial de la era anterior a la pseudo-revolución de 1937? (729).

La respuesta a primera vista parece ser afirmativa si bien se puede matizar que mientras en Lochner y su secuela de casos (730) el T.S. desconectó con la sociedad norteamericana, ello no ha ocurrido en Roe y la suya (731), opinión totalmente discutible y que Maher y McRae (732) se han encargado más bien de contradecir.

Otros, como A. E. Dick Howard (733) opinan que no es que Lochner estuviera mal decidido, sino que donde — el T.S. se equivocó fue al mantener la misma doctrina — durante 30 años.

Finalmente, los defensores de los valores fundamentales como tales, Tribe, por ejemplo, mantienen que el método seguido a principios de siglo y en la década de

los 70 es distinto, ya que "el error de Lochner no consistió en 'fundamentalizar' la propiedad y el contrato - (cosa que sí se hace en la técnica actual), sino en la falsa apreciación de las precondiciones necesarias de la libertad humana en el estado industrial (734)", es decir, el error consistió en apreciar como natural un orden pre industrial que no lo era en absoluto por no ser la libertad contractual una condición esencial necesaria para la libertad. La falta de apoyo sociológico real a los conceptos defendidos por el viejo T.S. hizo de Lochner Derecho Natural, cosa que, según Tribe, no parece ocurrir en la moderna resurrección del substantive due process al - constitucionalizarse los derechos de autonomía o intimidad individual (735).

En todo caso, no hay que olvidar que Lochner constituye hoy un mito más importante por lo que significó, -- principalmente por el célebre voto particular de J. Holmes (736), que por el auténtico caso enjuiciado, pues como ha demostrado Sidney G. Tarrow, en el campo de la práctica jurídica real no tuvo prácticamente influencia alguna ni para los sindicatos de panaderos, que consiguieron por la vía de la negociación la jornada de diez horas -- que el T.S. había declarado inconstitucional, ni tuvo influencia real sobre la legislación que siguió promulgándose sin cesar. Quizás el único efecto real fue el de so liviantar a los trabajadores y el apartar a Gompers de la vía de la utilización de las legislaturas para lograr fines sindicales (737).

Sea como fuere, lo cierto es que desde el propio T. S. se ha lanzado la crítica y el aviso (738).

D:7.- El problema de la novena enmienda.

La enmienda número 9, promulgada con todo el Bill -

of Rights en 1791, dice textualmente: "La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no se podrá interpretar de forma que suprima o recorte otros retenidos por el pueblo".

Como ha puesto de relieve la casi totalidad de la doctrina jurídica norteamericana ésta era la enmienda ('y no la 14) que potencialmente dejaba en manos de los jueces la facultad de constitucionalizar derechos no mencionados en el texto.

Tendremos ocasión de ver cómo se ha interpretado -- doctrinalmente (739), lo que ahora nos interesa es su interpretación jurisprudencial.

La novena enmienda permaneció olvidada desde sus -- orígenes hasta 1965 (740), pues en ese lapso el T.S. tuvo muy escasas ocasiones de aclarar su significado (741).

Sin embargo, el "olvido" (742) no lo fue tal, sino que los jueces habían interpretado que la novena enmienda simplemente no otorgaba al T.S. ni a los jueces federales en general el poder de proteger derechos no especificados en el texto constitucional porque ese poder, confundido con "derecho" por los constituyentes (743), debería haber sido especificado en la Constitución.

Esa interpretación judicial, que parece efectivamente ser la que los constituyentes tenían in mente (744), había sido expuesta con toda claridad en Barron v. Balti-more (745). "Si el Congreso se hubiera encargado de la -- extraordinaria misión de mejorar las constituciones estatales otorgando al pueblo protección adicional contra el poder de los poderes públicos estatales en áreas que sólo a ellos les tocaba regular, los constituyentes ha---brían recogido ese poder en un lenguaje claro y llano".

El voto particular de J. Stewart en Griswold es tajante: "Decir que la novena enmienda tiene algo que ver con este caso es dar la espalda a la historia (746)".

Pese a ello, J. Douglas mencionó la enmienda como una de las fundamentadoras del derecho a la intimidad -- (747) y, lo que es más importante, J. Golberg sí que insistió en la nueva interpretación de la enmienda (748), entendiéndola, limitación a los poderes estatales y federales en nombre de derechos no especificados.

Desde entonces la enmienda se ha alegado por recurrentes para proteger desde el derecho de los niños en edad escolar a llevar el pelo largo (749) hasta el derecho al medio ambiente (750).

Pese a ello, el T.S. no ha basado todavía la constitucionalización de derechos directamente en esta cláusula aunque su potencialidad sigue abierta desde Griswold.

D:3.- Las cláusulas de privilegios e inmunidades.

Si el debate acerca de la novena enmienda es relativamente reciente, el de las cláusulas de privilegios e inmunidades dura ya más de 100 años.

La Constitución norteamericana contiene dos cláusulas de este tipo. La primera se encuentra en el artículo IV Sección 2 de la Constitución para evitar las desigualdades de trato por parte de los Estados. La segunda se halla en la Sección 1ª de la enmienda 14 y prohíbe las discriminaciones estatales de los ciudadanos por el hecho de ser nacionales (y no por el hecho de ser residentes de otros Estados, que es el significado que tiene la cláusula del artículo IV).

Pues bien, en determinadas épocas de la historia - de la jurisprudencia norteamericana ambas han sido utilizadas a veces para amparar derechos fundamentales no mencionados en el texto constitucional.

(a).- La cláusula de privilegios e inmunidades del artículo IV.

Pese a que en los primeros años se entendiera que la cláusula albergaba derechos sustantivos, en realidad su aplicación ha venido a delimitarla pura y simplemente como una cláusula antidiscriminatoria de los out of staters por el mero hecho de serlo.

Hoy en día sólo da lugar a la anulación de las leyes estatales que discrimina a los out of staters sin - que éstos sean realmente la causa del mal que se intenta evitar mediante la legislación cuya constitucionalidad se analiza. Si los no residentes son la causa del - mal servicio estatal se puede discriminar perfectamente en principio (751).

Sin embargo, en 1978, se produjo una sentencia atípica que enlazaba la cláusula con los derechos fundamentales (752).

Efectivamente, en Baldwin v. Montana Fish and Game Commission (753) el voto mayoritario, formulado por J. Blackmun, declaraba que no se podía discriminar a un no residente "cuando éste intentaba realizar una actividad esencial o ejercer un derecho básico o fundamental".

Como la licencia para cazar alces (754) no era un derecho fundamental, Montana podía discriminar a los no residentes obligándoles a pagar una tasa. Para J. Blackmun los recurrentes no podían alegar que el Estado "les

privaba de medios de vida", de donde a sensu contrario se deduce que quizás los "derechos básicos" deben además entenderse en un sentido paralelo o parecido a los welfare rights, habiendose producido una semiconstitucionalización de dichos derechos a efectos de la aplicación de esta cláusula.

(b).- La cláusula de privilegios e inmunidades de la enmienda número 14.

La Sección 14 de la enmienda número 14 prohíbe a los Estados hacer leyes que restrinjan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos.

Qué deba entenderse por tales era una cuestión ni siquiera clara para los propios constituyentes en 1868 (755). Caben de hecho bastantes interpretaciones desde la más restrictiva (los derechos de la Civil Rights Act de 1866: contrato, capacidad procesal, libertad de movimiento ... etc. contra los black codes, que los Estados empezaron a promulgar inmediatamente después de la guerra) hasta la más amplia: derechos constitucionales no especificados en el texto.

En todo caso, lo que ahora nos interesa es que el T.S. aportó la cláusula nada más nacer, en parte porque los derechos que otorgaba estaban limitados a los ciudadanos, no gozando de ellos cualquier persona.

En los Slaughter House Cases (756) J. Miller, pese a señalar que se trataban de los privilegios e inmunidades que son fundamentales, los limitó a los de "protección por el Estado, adquisición y posesión de propiedad, búsqueda y disfrute de la felicidad y el de seguridad -- sin perjuicio de su limitación por el Estado para la consecución del bien común". Un poco después intentaba

en la misma sentencia una enumeración más específica: de recho a demandar y transigir, sufragio pasivo, acceso al dominio público, a la tutela efectiva de los poderes públicos, reunión, habeas corpus y protección derivada de tratados, derechos todos ellos reconocidos previamente - en leyes federales.

Su posición siempre ha sido la mayoritaria del T.S. de forma que, como dice Gunther, "pese a que el lenguaje de la cláusula haga más referencia a derechos sustantivos que el resto de la enmienda, su desarrollo fue recordado ante el papel expansivo otorgado al due process y a la equal protection (757)".

De hecho sólo ha habido un caso en que el T.S. anulara una ley estatal basándose en esta cláusula (758) pero su doctrina fue expresamente derogada poco después -- (759).

Ello no obsta para que la doctrina la vea como posible cauce de constitucionalización de otros derechos sustantivos en el futuro, sea con argumentos paralelos a -- los de los valores fundamentales (760), procedimentales (761) o estructurales (762).

En resumen, pese a tener cláusulas que hipotéticamente podrían haber amparado la constitucionalización de derechos sustantivos no especificados en el texto, el T. S. ha utilizado otras cuya finalidad no era precisamente esa.

D:9.- La defensa doctrinal de la teoría de los valores.

(a).- Introducción.

La defensa de la labor de los jueces constituciona-

les como guardianes de los valores fundamentales es quizás la postura más extendida en la actualidad en la doctrina, y sociedad en general, norteamericanas.

La reciente puesta en tela de juicio de la resurrección del substantive due process a través de la constitucionalización de los derechos de la personalidad, así como la sustantivación de la cláusula de igualdad, ha provocado una reacción defensiva racionalizadora de la actividad del T.S.

Tribe, Perry y Tushnet son quizás los tres autores más originales (y demás extendida lectura) de toda la doctrina norteamericana.

Sin embargo, no son los únicos. La tradición norteamericana ofrece otras vertientes más moderadas.

Merecen por ello especial mención Cox y Wellington. El primero porque abiertamente sigue llamando, sin avergonzarse, iusnaturalismo a la teoría de los valores sustantivos (763) y el segundo porque es el autor de uno de los artículos más celebrados de la pasada década --- (764), artículo donde basaba la diferencia entre principles y policies jurídicos en que los primeros reconocen la moralidad convencional, mientras que las segundas escapan a toda posibilidad de enjuiciamiento ético respondiendo simplemente a criterios de utilidad práctica.

(b).- La posición de Laurence Tribe.

La posición del conocido profesor de Harvard puede resumirse como sigue: (A) La casi totalidad de los principales mandatos constitucionales "tienen un carácter tenazmente sustantivo", citando especialmente la primera (singularmente libertades religiosa y de expresión),

décimotercera (abolición de la esclavitud) y quinta ---- (cláusula expropiatoria) enmiendas y el artículo I, Sección 10 (contract clause) de la Constitución (765); (B) Las normas típicamente procedimentales tienen también -- raíces sustantivas: "el tipo de participación, el 'quién' y el 'como' del derecho de voto ... son temas que reflejan concepciones sustantivas de la democracia (766)"; -- (C) La protección de minorías contra las distribuciones y clasificaciones del resto de los poderes públicos, que resultan motivadas por el prejuicio hostil o estereotipos no justificados, revela un "desacuerdo con los juicios que se esconden tras el estereotipo (767)", juicios que lo son, naturalmente, de valores sustantivos ...etc.

A primera vista no importa tanto el método a través del cual se constatan esos valores sustantivos (768) como el resultado alcanzado. Concuerta con la idea de Linde de que la Constitución es independiente de la visión que los jueces tengan acerca de ella (769). Lo que se debe analizar es la sustancia del problema constitucional concreto y hacia esa sustancia debe dirigirse el estudio crítico de la jurisprudencia del T.S. "Si se analiza la Constitución como una ley material, como una traducción de ciertos valores en derechos, potestades y deberes, entonces puede ser posible la justificación de la justicia constitucional no a través del método sino a través de -- sus resultados. Desde este punto de vista las decisiones son legítimas o no porque sean o no correctas (770)".

Pone por tanto el énfasis en que hay que dejar a -- los jueces la plasmación de esos valores sustantivos ya que merece la pena correr el riesgo: "el precio que pagamos consiste en que, durante algunos períodos de tiempo, un consensus ilustrado puede verse bloqueado por la ciega adherencia judicial hacia posturas constitucionales -- que luego rechazamos. Pero el precio alternativo es que,

en otros períodos, el consensus que los jueces pueden -- ayudar a catalizar en nombre de la Constitución podría -- verse bloqueado por mayorías interesadas y preocupadas -- con los resultados a corto plazo (771)".

El proceso de enmienda constitucional y la "incapacidad institucional del T.S. de guiar hacia donde muchos de mala gana serían capaces de seguirle (772)", demuestra que "en último término, es falso que las decisiones constitucionales estén más allá del alcance de la política democrática (773)".

Pese a todo ello, las preocupaciones metodológicas y la confesión de cuál sea el valor sustantivo fundamental no le son ajenas, por ello propuso su estructuralismo sui generis (774).

Antes de analizar éste conviene, sin embargo, precisar que el profesor Tribe, aunque hace a veces referencia al consensus no aprueba éste ni mucho menos. Ya hemos tenido ocasión de ver cómo para Tribe resulta imposible que el consensus mayoritario pueda ser la fuente de constitucionalización de nuevos derechos sustantivos ya que es precisamente la voluntad de la mayoría, plasmada en una ley, lo que se ataca mediante la constitucionalización de derechos sustantivos. Tribe, se opone abiertamente a Perry que es el gran teórico del consensus (775). Igualmente se opone a seguir la teoría de Wellington de que la constitucionalización de derechos sustantivos no sea más que la juridificación de la moral convencional -- (776). En último término, la defensa de los valores sustantivos por Tribe, como veremos al analizar su estructuralismo, no consiste sino en una búsqueda a ultranza de la libertad individual, valor que él no necesita en absoluto justificar pues para él le parece evidente.

Pero repasemos, brevemente, su estructuralismo.

Para Tribe, la historia del Derecho Constitucional Norteamericano puede configurarse como la sucesiva creación de "modelos que han ido representando las grandes alternativas de argumentación y decisión constitucional (777)".

Estos seis modelos (778) no son sistemas formales - sino grandes temas que monopolizan sectores o enfoques - del Derecho Constitucional, todos ellos tendentes, a largo plazo, a la búsqueda de la libertad, valor sustantivo supremo.

De ellos, los modelos I a IV son típicamente adjetivos porque el T.S. no se enfrentó con el tema de la constitucionalización de valores, intereses o derechos sustantivos sino por la vía indirecta de la argumentación - referida a los límites internos de los poderes públicos, a la estructura competencial configurada en la constitución de esos poderes.

Ni qué decir tiene que en realidad este método era una simple fachada ya que el desarrollo constitucional - de esos modelos "sólo puede defenderse desde el punto de vista de los valores sustantivos subyacentes (779)".

Sin embargo, los dos últimos se diferencian de los modelos siguientes porque éstos propugnan abiertamente - esos valores sustantivos. Tanto el modelo VI (modelo de igualdad) como el de los derechos preferentes del modelo V (780), "no intentan definir límites inherentes internos en los poderes públicos sino que más modestamente intentan simplemente excluir a los poderes públicos de algunas esferas de decisión configurando ámbitos de libertad (781)".

Pues bien, cada uno de esos seis modelos pueden con-

siderarse como estructuras en sí mismas (en sentido parecido al que utilizará C. Black) (782) pero, lo que ahora nos interesa no es cada uno de ellos en cuanto estructura, pues de sobra es conocido que, con muy pocas excepciones, la creación jurisprudencial no utilizó el método estructural en la creación de subnormas constitucionales, sino el modelo VII: la justicia estructural.

Este modelo consiste simplemente en la elección de cada uno de los otros según el caso concreto, de forma que "la libertad individual se busque no por medio de -- una estructura característica sino a través de la combinación de estructuras que aparezca como más conveniente para la consecución de ese fin en un contexto particular (783)".

Contraponiendo por ejemplo los modelos I a IV con los modelos V y VI, "el modelo VII puede hacer que se entienda que se sirve mejor a la libertad en determinados casos poniendo un área fuera del alcance de los poderes públicos y, en otros, haciendo precisamente lo contrario (785)". El modelo VII no vendría sino a demostrar "que sólo merece la pena acoger principios neutrales cuando -- sirven para defender realidades humanas sustantivas y -- precisamente cada uno de los otros modelos han llegado a la esterilidad cuando intentaban negar este hecho (786)".

En este sentido, la "justicia estructural" de Tribe no es tan innovadora metodológicamente hablando como el estructuralismo de C. Black ya que son las mismas cláusulas y su jurisprudencia la base del método. Lo único que Tribe propone como estructuralismo es, por una parte, la libre elección de modelo (y por tanto de doctrina y cláusula constitucional concreta a utilizar) buscando la que mejor sirva a los valores sustantivos y en concreto a la libertad (787) y, por otra, la de atribuir distinto va--

lor (de norma o de principio) a una doctrina constitucional concreta (788).

(c).- La posición de Michael Perry.

Antes hacíamos mención de la obra del Decano de -- Yale (789). Para Wellington, "la tarea de los tribunales consiste en constatar el peso del principio jurídico en el conjunto de la moralidad convencional y convertir el principio moral en uno jurídico al conectarlo -- con el corpus del Derecho Constitucional (790)".

La descripción más acabada de esta tarea de reconversión de la moralidad convencional en principios constitucionales, que ha dado lugar en el siglo XX a uno de los más grandes debates de filosofía del Derecho que en el ámbito anglosajón se ha producido, el de Devlin con Hart y Dworkin (791), aunque el debate en éstos es más -- abstracto, refiriéndose, en general, a la posibilidad y legitimidad de la juridificación de la moral normalmente a través de la tipificación penal, esta tarea, repito, ha correspondido a Perry (792).

Al igual que Ely, Grey, Brest y la generalidad de los constitucionalistas modernos de la segunda mitad de la década de los 70, Perry parte de la contraposición -- entre dos tipos de cláusulas constitucionales, que a su vez dan lugar a dos tipos posibles de aplicación judicial de las mismas: el interpretativismo y el no-interpretativismo.

El T.S. utiliza el primero en la aplicación de un mandato constitucional concreto o de un valor ^{ascerni-}ble del conjunto de la estructura de poder dibujada -- por la Constitución, conforme al célebre modelo de C. -- Black que tendremos ocasión de examinar posteriormente

(793). El método es interpretativo "porque el T.S. alcanza la decisión interpretando -descifrando- el mandato literal (o el aspecto de la estructura de poder) que da vida a un juicio de valor ... constitucionalizado por los constituyentes alguna vez en el pasado (794)".

"El T.S. utiliza el método no-interpretativo cuando determina la constitucionalidad o inconstitucionalidad - por referencia a un juicio de valor distinto de los constitucionalizados por los constituyentes (795)". En estos casos, el T.S. "realmente no interpreta, en el sentido -hermenéutico, ningún precepto del texto constitucional - aunque, por supuesto, el T.S. puede explicar su decisión con una retórica destinada a crear la ilusión de que está meramente interpretando o aplicando un precepto constitucional (796)".

Concuerda en cierto modo con Ely, a diferencia de -Bérger, en que no puede asegurarse, por una parte, que - los constituyentes autorizarán el método no-interpretativo, ni por otra, que expresamente lo prohibieran (797).

El primer método, responde a los esquemas democráticos clásicos: libertad para el legislador dentro de los límites estrictos de la Constitución, aunque Perry, como Ely, admite que el interpretativismo también puede ofrecer a veces problemas no dando nunca lugar a interpretaciones monolíticas de la Constitución y siendo posibles diversas interpretaciones de cada precepto ("reasonable differences of opinion (798)").

En cuanto al método no-interpretativo, al igual que Ely santificará la nota a pie de página de Carolene Products (799), Perry parte de un párrafo del primer J. --- Harlan en Mugler v. Kansas (800), párrafo que mejor resume el fundamento del police power de los Estados y que -

razona los límites a ese poder: "por consiguiente, si una ley que pretende haber sido promulgada para proteger la salud pública, la moral o la seguridad públicas no tiene una relación real o sustancial con ese objeto, o supone una invasión palpable de derechos amparados por la ley fundamental, es un deber de los tribunales enjuiciarla y dar efecto así a la Constitución (801)".

Para Perry este es el fundamento del control de la moral pública por los jueces ya que si la ley no está de acuerdo con esa moral, puede ser revisada.

Para ello construye lo que él mismo denomina la "función ética del judicial review (802)" siguiendo un esquema lógico de razonamiento: (A) La Constitución es "orgánica, no estática (803)", en el sentido de que "los constituyentes pretendían que los preceptos deberían ser definidos y redefinidos a la luz de las experiencias y exigencias de sucesivas generaciones (804)"; (B) Los tribunales tienen la función de "desarrollar normas siguiendo líneas ni claramente especificadas en el texto, ni originariamente previstas por los constituyentes (805)"; (C) La función ética "sirve para corregir la miopía ocasional, moderar los excesos ocasionales del proceso político (806)"; (D) "No presupone un poder judicial imperial (807)" ya que la revisión constitucional "y otros varios tipos de presiones políticas (808)" prevalecerán a largo plazo; (E) El método por el que el T.S. constata la moral pública es el mismo o parecido al que utilizan los jurados: "mide, en efecto, las dimensiones relevantes de la cultura moral convencional por el procedimiento doble y simultáneo de análisis de la cultura y de reflejarla en la personalidad de los jueces individuales (809)"; (F) La función es una "para la que los jueces son especialmente competentes tanto institucional como tradicionalmente (810)": aisla

miento de grupos minoritarios de intereses, sensibilidad especial hacia actitudes culturales generales, foro tradicional para el juego dialéctico del complejo - razonar conforme a principios éticos, el flujo de información particularmente extendido cuando se produce la litigación constitucional ... todos ellos son factores tendentes a asegurar la mayor capacidad de los tribunales para el enjuiciamiento ético comparada con la de las legislaturas (811).

Lo que propone, pues, es que, una vez resuelto el tema de si se puede o no juridificar la moral pública y el bienestar general, el tema de quién lo juridifica sólo se plantea en términos de competencia y autoridad (812).

Es importante, sin embargo, matizar que las proposiciones A y B del resumen de su esquema lógico son totalmente nuevas y ayudan a Perry a justificar una visión funcional del judicial review que luego será abiertamente utilizada por otros científicos de la política como Chaper (813) con mucha más fluidez.

Toda la división entre el método interpretativo y el no-interpretativo (originalista o no-originalista - en la terminología de Brest (814)), que han utilizado Ely y Perry, puede en último término considerarse como la versión moderna de la two-clause theory (815).

Sin embargo, hasta Perry, todos los juristas defensores de un concepto expansivo del judicial review habían ligado el no-interpretativismo, de alguna forma u otra, al textualismo o al originalismo: los constituyentes dejaron expresamente cláusulas abiertas y eso legitima el judicial review (816).

Perry romperá con esa concatenación, pero no como lo hace Brest, por la inutilidad de los esfuerzos de sujetar a los jueces a cánones de interpretación (817), si no por un argumento mucho más sofisticado.

Para Perry todos los no-interpretativistas, de una forma u otra, acusan a los interpretativistas de no comprender que los constituyentes formularon conceptos (en vez de concepciones, por seguir la terminología de Dworkin (818)), o de no entender que las cláusulas de privilegios e inmunidades o la novena enmienda dejaban para el futuro la constitucionalización de derechos, por seguir a Ely (819), o de no querer darse cuenta de que tuvieran lo que tuvieran in mente los constituyentes, el lenguaje dejaba abiertas más posibilidades, como dijo Bickel ---- (820), es decir, de una forma u otra les acusan de -- que el propio texto y/o la voluntad constituyente configuraron cláusulas abiertas.

Sin embargo, a juicio de Perry esto es falso. Existe una clara evidencia histórica de que los constituyentes "pensaban que estaban constitucionalizando juicios de valor particulares y, a la luz contemporánea, 'estrechos' acerca de ciertas prácticas políticas (821)". En una palabra, "no existe prueba alguna de que los constituyentes intentaban que los preceptos limitadores de poderes sirvieran como cláusulas abiertas (822)", como conceptos en vez de como concepciones.

Es absolutamente cierto, por ejemplo, que los constituyentes no pretendieron declarar inconstitucional la segregación de las escuelas públicas y no existe prueba ni indicio alguno de que pensaran que en el futuro se podrían declarar inconstitucionales sin una nueva enmienda. Es decir, si se quiere dotar al concepto jurídico indeterminado de un contenido concreto (concepción) habrá --

que investigar la concepción concreta que los constituyentes tenían, si ella existe como en el caso de la segregación educativa, o analógicamente con las concepciones de entonces más similares a las que actualmente se plantean. Pero, en todo caso, no hay prueba de que se permitiera a los tribunales constitucionalizar una concepción concreta. Tanto Dworkin, como Ely, como los no-interpretativistas en general, tergiversan la historia si así lo pretenden y sus construcciones siempre adolecerán de este defecto (823).

Perry, por el contrario, rompe definitivamente con el texto y el originalismo: el método debe ser no interpretativo porque cada generación tiene derecho a vivir su Constitución, en ese sentido, proclama el organicismo versus el estaticismo de la idea de constitución: es la "living Constitution" lo que hay que enjuiciar.

Por ello, es más consciente que Ely del aspecto -- creador de la jurisprudencia no-interpretativa y lo denomina abiertamente policy making justificando el judicial review en atención a criterios puramente funcionales como veremos.

Pero volvamos a la "función ética del judicial review". Dado que hay que romper definitivamente con el texto y la voluntad de los constituyentes, la justificación del judicial review debe ser puramente funcional, es decir, debe basarse en qué órgano constitucional tiene más capacidad y competencia (en el sentido de competencia científica) para operar esa función ética: "En el diálogo constitucional entre los jueces y los restantes poderes públicos lo que emerge es una versión mucho más acabada de 'la verdad' de la que aparecería si el diálogo se hubiera parado con la promulgación de una ley o, al menos, en este último caso resultaría mucho --

más restringido (824)".

La competencia exige plantearse, a su vez, dos problemas distintos: el de si existen valores consensuados y el de cómo los constatan los jueces.

Al primero de ellos responde afirmativamente, aunque a la hora de enumerarlos sólo menciona la santidad de la familia (825), la "intimidad de la amistad y el amor, la libertad individual de pensamiento (826)" ó, - incluso, como desarrolló en otro artículo, el imperativo categórico kantiano (827).

En cuanto al segundo, la función de jurado, Perry, intentando precisarla más detalladamente, describe el fenómeno como un fenómeno dialéctico: "El sugerir que la función del juez consiste en descubrir los ideales y sensibilidades sociales para aplicarlos al caso concreto peca de excesiva simplificación. Los ideales sociales, cuando hacemos el supremo esfuerzo de tratar de articularlos, son imprecisos y vagos. La función judicial consistirá normalmente en dar forma a las implicaciones de esos principios vagos e imprecisos. Al aplicar un ideal o principio moral, como norma jurisprudencial, al caso concreto, el T.S. necesariamente redefine el ideal moral con mucha mayor precisión especificando su 'simple contenido', por tanto, el T.S. no juega un papel meramente pasivo al determinar la moralidad social, sino un papel activo, incluso creativo: el T.S. da forma concreta a la moral pública (828)". Ni qué decir tiene que Perry parte de que los jueces, al vivir en un entorno social como cualquier otro individuo (829), no son nunca ajenos a dicha moral pública.

Continúa después: "desde este punto de vista podemos empezar a comprender por qué el juego entre el T.S.

y la sociedad tiene naturaleza dialéctica. Dependiendo -- en gran medida de los esfuerzos preliminares de otros -- tribunales, el T.S. deduce varios principios de trabajo de la totalidad de la experiencia americana --pasada y -- presente-. El producto es meramente tentativo y susceptible de desarrollo ... A su vez, la sociedad responde a -- su obra aceptándola, rechazándola ó, lo que es más corriente moderando los principios que el T.S. ha establecido. El T.S., a su vez, responderá asimilando o no la -- respuesta ... etc. (830)" para acabar resaltando el célebre carácter educativo del T.S. (831).

El concepto de autoridad es, sin embargo, el más -- problemático. Sólo la historia vendrá a justificar el judicial review. Al igual que todos los proponentes de un concepto expansivo de la justicia constitucional, Perry utiliza el argumento de que es el éxito de la empresa lo que ya la ha legitimado (832), siendo el riesgo de no tener judicial review superior al de soportar errores en -- la constatación de la moral convencional, que para Perry siempre parece ser la moral mayoritaria en existencia o en potencia, aunque a corto plazo no parezca así (833).

Junto a la legitimación histórico-funcional, Perry añade el típico argumento residual que tanto criticara -- Berger (834): "de todos los poderes públicos norteamericanos, la institución quizás más adecuada para defender esos valores y, en cualquier caso capaz de representar-- los mientras otros poderes han fracasado, es el T.S. -- (835)".

(d).- La posición de Mark Tushnet.

El profesor de la Universidad de Wisconsin, que fue law clerk de J. Marshall, representa abiertamente la crítica norteamericana marxista a la teoría de los valo-

res fundamentales (836). Su irónica pluma le ha distinguido en los ataques dirigidos tanto contra Tribe (837), como contra la posición de Ely (838), como tendremos ocasión de examinar.

Su crítica hacia la teoría de los valores fundamentales se dirige directamente contra la obra de Tribe, pero, al hacerlo, también critica, obviamente, la teoría en sí misma. Tushnet resume la obra de Tribe como basada en cuatro premisas: "(1) El fin de la Constitución de los Estados Unidos es asegurar la justicia; (2) La Constitución se aproxima (o al menos puede interpretarse como aproximándose) a la realización de la idea de justicia; (3) El T.S. debería interpretar la Constitución como para promover justicia... y (4) decisiones relativamente recientes del T.S. establecen doctrinas que son aproximaciones razonables al concepto de justicia (839)".

El ataque de Tushnet reside en la crítica de la tercera y cuarta premisas. Hace un enfoque, incluso utilizando las herramientas conceptuales de Rawls (840), de aproximación al concepto de justicia en términos socialistas, enfoque que demuestra que las dos premisas, tercera y cuarta son totalmente ideológicas (841). Ideológicas en el sentido de que asumen o dan por supuesto que no existe "la necesidad de cambios masivos, y por tanto probablemente violentos, de la estructura social (842)", lo que para Tushnet, que al menos confiesa su raíz ideológica, simplemente no es verdad.

También analiza la teoría de los valores fundamentales como una teoría totalmente ajena a aspectos institucionales: "¿Qué razón hay para creer que el T.S. sirve a la idea de justicia mejor que las legislaturas? (843)". Tribe no da una sola de ellas, ya que su defensa a ultranza de los valores sustantivos es lo único que le importa

(844). O, en palabras de Tushnet, "para el profesor Tribe, por consiguiente, los temas institucionales tienen sólo una importancia relativa y subordinada a los sustantivos (845)".

Su crítica del consensus. La idea de un "consensus desintegrado" no es una invención de Tushnet. Otros habían también afirmado este hecho antes que él (846). Pero Tushnet llega más lejos al analizarlo en términos de clase, tal y como hará igualmente Ely: los valores que el Tribunal Burger ha decidido proteger son los de las clases medias (847). O, en palabras del propio Ely, después de Maher: "de esta forma las clases medias tienen posibilidad de cometer los abortos que antes de Roe v. Wade (848) sólo podían realizar los ricos -pero desde luego los pobres no pueden hacerlo-. Proteger a aquéllos -y precisamente a sólo aquéllos- que son más capaces para protegerse a sí mismos políticamente, difícilmente puede ser el papel o la función adecuada del T.S. (849)".

En 1975 el mismo Tushnet apoyó abiertamente el enfoque consensuado, proponiendo la constitucionalización a través del substantive due process de derechos tales como la educación, la vivienda o la estabilidad en el empleo público (850). Llegó incluso a describir un método en dos fases: "En primer lugar, no debería establecerse ningún derecho de substantive due process a menos que haya un acuerdo general acerca de la importancia social de ese derecho. Importancia social, a su vez, que puede ser establecida por referencia al reconocimiento de ese derecho en contextos no constitucionales, por referencia a la relación entre el derecho y otros derechos constitucionalmente garantizados y por referencia al ejercicio del sentido común por parte de los magistrados. En segundo lugar, un derecho de substantive due process debería establecerse sólo hasta el punto en que estuviera sopor-

tado por el peso de la opinión responsable. El T.S. debería mirar a fuentes como el American Law Institute, los Commissioners for Uniform State Law, y otras comisiones más especializadas de investigación tales como la Administrative Conference (851)".

El método, desde luego, puede ser fácilmente objeto de ironía; lo que es importante, sin embargo, es el enfoque. Tushnet admitía que el consensus fuera realmente -- una fuente de adjudicación, pero sólo para rechazarlo -- posteriormente.

Hasta hace poco Tushnet no había intentado construir realmente una teoría marxista de la adjudicación constitucional. Pero en su crítica de otros sistemas dio buenos ejemplos de cómo la Constitución podía ser interpretada perfectamente, cómo dejando suficiente campo de aplicación a valores socialistas. Sus ejemplos del análisis socialista del substantive due process (852), del -- concepto de libertad a efectos de la enmienda 14 (853) y especialmente su explicación del problema de la state action (854) y de la cláusula de igualdad (855) son de -- lo más descriptivo.

Su explicación de lo que vienen a implicar casos como Shelley v. Kraemer (856) suena a veces mucho más convincente que las explicaciones de Wechsler, Henkin o Tribe o incluso Black (857). Y su exposición de hacia donde lleva la línea de casos inaugurada con Griffin v. Illinois (858) es, desde el punto de vista de los principios, mucho más rigurosa que la de autores como Michelman ---- (859).

De todas formas lo que no estaba claro con Tushnet es si admitía o no admitía el enfoque interpretativo a -- partir del consensus o de los valores sustantivos funda-

mentales (bien que de otra naturaleza desde luego: socialistas) o si los utilizaba exclusivamente como un elemento dialéctico de crítica. Desde luego si obedecían en su conjunto a otro sistema de adjudicación, no lo había expuesto. Y si admitía realmente la jurisprudencia de los valores o el consensus los mismos argumentos que él utiliza contra Tribe y en general los defensores de los valores fundamentales pueden volverse contra él.

Sin embargo, muy recientemente Tushnet se ha enfrentado más abiertamente con el tema en su aportación al -- Simposio organizado por el Ohio State University College of Law, de donde, por cierto, es profesor Perry (860), -- llegando a una postura que paradójicamente no está muy -- lejos de todos los que pretenden la primacía de los resultados sobre el método (861). Tushnet parte de la arbitrariedad de la fijación de la doctrina por el T.S., -- pues la elección de fuentes le permite razonar cualquier tipo de resultado. Achaca la misma arbitrariedad a lo -- que él denomina Gran Teoría (862) por su incoherencia: -- "Cada versión de la Gran Teoría es incoherente y, lo que es más importante, cada una es incoherente en el mismo -- sentido: bajo el disfraz de la pretensión de eliminar la arbitrariedad mediante la racionalización, cada una introduce su propia arbitrariedad (863)". "Cada Gran Teoría, cuando se la pone a prueba aplicandola a casos reales o imaginarios, alcanza un punto donde las preferencias personales --queridas-- del teorizante controlan totalmente el resultado (864)". La razón de que esto ocurra es muy clara para Tushnet: la contradicción del sistema constitucional liberal, uno de cuyos axiomas está -- en contradicción consigo mismo: la igualdad preferencial presunta de los principios del derecho de voto y de la -- observancia de los derechos sustantivos. El proceso político y el judicial, las dos grandes instituciones de los que ambos principios son expresión, hacen presuponer una

diferenciación del método para justificar la duplicación de dos instancias soberanas e independientes de poder, - diferenciación que no obedece a la realidad. El resultado es un reparto marginal de ganancias y pérdidas sin -- que las ganancias reales resulten demasiado obvias (865).

Sin embargo, pese a haberlos rechazado constantemente (866), al fin se ve forzado a proponer algo a cambio: lo que él llama Pequeña Teoría Política del Derecho Constitucional. Será la circunstancia política concreta la -- que dicte el contenido de la sentencia, de forma que no puede distinguirse entre fase decisoria y fase justificativa (867) o entre voluntad y razón al estar ambas unidas. Con su imaginativa pluma describe qué haría él a la hora de resolver un caso concreto si fuera magistrado -- del T.S.: un juicio político explícito ¿qué resultado garantiza mejor en el momento actual el avance de la causa socialista? para revertirlo después con la túnica de -- cualquiera de las innumerables doctrinas jurisprudenciales de uso corriente. Señala sabiamente a continuación: "La respuesta que os doy hoy no es necesariamente la que daría si fuera juez porque ello supondría que habrían -- cambiado drásticamente las circunstancias política (868)": "Al fin y al cabo", concluye, "la Pequeña Teoría no hace sino pedir a los jueces que dejen de creer que lo que -- ellos hacen tiene un significado diferente de los que ha ce cualquier otro actor político (869)".

Aunque Tushnet pueda sonar a extraño, no hace sino recoger la tradición realista que hoy llega hasta Miller (870), para afirmar una auténtica y única realidad: la -- persecución a ultranza de valores concretos en los fallos de las sentencias sin preocupación por el método -- (871).

D:10.- Las fuentes paralelas: tradición y filosofía moral.

(a).- Introducción.

Junto a la apelación a los valores o intereses fundamentales, el T.S. recurre a veces a otras dos fuentes como fundamento de la constitucionalización de derechos al margen del texto constitucional.

En concreto el Tribunal Burger lo ha hecho expresamente con la tradición en uno de los casos que hicieron época, Moore v. City of East Cleveland (872), e implícitamente (?) con la pretendida filosofía moral a través de la supuesta constitucionalización de la filosofía libertaria de John Stuart Mill.

(b).- La tradición.

Pese a que desde hace tiempo se había calificado al segundo J. Harlan como Tradition-oriented (873) en el sentido de apelar a veces a la tradición como reflejo de valores sustantivos conservadores (874), su postura nunca había sido mayoritaria en el T.S. (875).

Sin embargo, en 1977, el T.S. anuló una Ordenanza urbanística que impedía vivir juntos en una casa a una abuela con sus dos nietos que eran primos entre sí, al limitar la habitabilidad a unas cuantas categorías de posibles relacionados por vínculos de parentesco.

Moore v. City of East Cleveland (876) destaca, sobre todo, por la apelación a la santidad de la familia consagrada por la tradición: "Nuestra jurisprudencia establece que la Constitución protege la santidad de la familia precisamente porque la institución de la familia tiene hondas raíces en la historia y tradición de esta Nación. Nuestra tradición no está en absoluto limitada al respeto por los vínculos que unen a los miembros de la familia nuclear. La tradición de los tíos, tías, pri-

mos, ... y especialmente abuelos conviviendo en un hogar tiene unas raíces igualmente venerables que merecen por ello el reconocimiento constitucional".

Moore no ha sido la única sentencia que se apoya en la tradición abiertamente. El propio C. J. Burger apeló a ella en la opinión mayoritaria de Parham v. J. R. ---- (877) para justificar la autoridad paterna absoluta de la decisión de internamiento del menor en una institu----ción psiquiátrica de la siguiente manera: "Puede que algunos padres actúen a veces contra los intereses de los menores, pero difícilmente es ésta una razón suficiente para tirar por la borda páginas enteras de la experien----cia humana que nos enseña que los padres generalmente ac----túan protegiendo los intereses de sus hijos. La noción -- estatista de que el poder público debe vigilar la patria potestad en todos los casos porque algunos padres abusan de los hijos repugna a la tradición norteamericana (878)".

Celebrada esta apelación a la tradición por los proponentes de la constitucionalización de valores sustantivos como Perry (879), ha recibido también la aprobación de cuantos de una manera u otra han querido ver en la -- tradición una fuente algo más concreta que la simple ape--lación a valores abstractos a efectos de la constitucio--nalización de intereses sustantivos por medio de due pro--cess: "El recurso a los valores tradicionales permite al T.S. proteger derechos que los norteamericanos tradicio--nalmente han asumido que son parte del esquema de liber--tad de nuestra Nación (...). La tradición asegura una ade--cuada protección para las libertades importantes que pue--dan pasar desapercibidas en una fórmula más abstracta. -- El uso de la tradición también apelaba a la necesidad -- del T.S. de buscar criterios imparciales para aplicar el substantive due process. "La referencia" a la tradición evita al T.S. la ambiciosa tarea de desarrollar su pro--

pia teoría unitaria de la libertad política; más bien le permite apelar a una historia relativamente objetiva --- (880).

(c).- La "filosofía moral".

Si la tradición ha aparecido recientemente en la jurisprudencia del T.S., qué duda cabe de que la filosofía moral, entendida en un sentido amplio, ocupa desde su mismo origen un alto rango.

Pero no me refiero ahora tanto a la filosofía moral en abstracto como a la filosofía moral con nombres y apellidos: a la constitucionalización de la ética de Spencer, de Stuart Mill, de Rawls, ..., es decir, a la adopción de sistemas éticos muy concretos.

Pese a la celebrada afirmación de J. Holmes en su voto particular en Lochner v. New York (881) de que "la enmienda 14 no constitucionaliza la Social Statics del Señor Herbert Spencer", aludiendo con ello a la no constitucionalización del liberalismo económico clásico, recientemente se han multiplicado no sólo propuestas concretas de constitucionalización de otros filósofos (882), sino que, incluso, se ha pretendido ver que el Tribunal Burger, al que se le ha dejado de calificar en el argot popular como la Nixon Court para pasar a ser la Libertarian Court, había constitucionalizado enteramente el pensamiento libertario de John Stuart Mill.

A finales del siglo XIX y principios del XX, el debate era el mismo, sobre todo desde que las sentencias de J. McReynolds constitucionalizaran la libertad de enseñanza privada primaria (883) y la libertad de enseñar en horas extra-escolares otro idioma distinto del inglés (884), pues sus apelaciones a la libertad individual, --

más dicta que otra cosa, tenían un cariz totalmente libertario (885).

En 1926 Bruce se sintió obligado a atacar virulentamente la "equivocada idea de que las teorías sociales y políticas de Sir Willlliam Blackstone y John Stuart Mill estuvieran necesariamente incorporadas en nuestro Derecho Norteamericano y que los llamados 'derechos naturales' de los que aquéllos hablan, hubieran sido garantizados por las Constituciones federal y estatales (886)". Resultaba corriente, por otra parte, en aquella época la cita del On Liberty de Stuart Mill en alguna que otra sentencia de los tribunales inferiores, aunque la admisión de la ley seca (claro que por enmienda constitucional) y la limitación por la jurisprudencia de la posibilidad de poligamia de los mormones (887), soluciones ambas contra las que expresamente se pronunciara Stuart Mill (888), hace que más bien pueda afirmarse una cierta, pero no total, influencia.

El caso es que precisamente con la misma intencionalidad, con que se aprueba el uso de la tradición por el T.S., la de limitar en pro de la objetividad de una regla que permita predecir qué derechos van a ser constitucionalizados la jurisprudencia del T.S., se defiende hoy la tesis de que debería constitucionalizarse a Stuart Mill. -- Garvey lo ha puesto abiertamente "como criterio de determinación de los derechos abarcados por la novena enmienda (889)" y otros han afirmado que la idea de Bruce "nunca había sido sugerida como principio por la jurisprudencia posterior (890)".

Sin embargo, se hacen necesarias tres precisiones.

La primera, y más importante, incluso obvia, consiste en que, como ha puesto de relieve Perry, "si la finali

dad de una ley atacada es legítima siguiendo los estándares convencionales, entonces el hecho de que esa finalidad pueda ofender la filosofía libertaria de Stuart Mill, como cuestión de Derecho Constitucional federal, es totalmente ajeno al tema --o debería serlo al menos--. Puede que nos estemos acercando a un punto donde la filosofía de Stuart Mill y las actitudes convencionales de Norteamérica acerca de cuál sea el papel adecuado que los poderes públicos deban jugar al regular asuntos auténtica y exclusivamente personales, sexuales o de otro tipo, están convergiendo poco a poco. Si las actitudes convencionales se hacen paralelas a las de Stuart Mill, hasta ese punto reflejará la Constitución a Mill, pero sólo por este procedimiento indirecto (891)". Es decir, es el consenso y no la filosofía moral lo que motiva la constitucionalización.

En segundo lugar, es falso que el Tribunal Burger -- haya constitucionalizado a Stuart Mill si se atiende a -- los resultados. Aborto (892), santidad de la familia --- (893), anticonceptivos (894), matrimonio (895), esterilización (896), divorcio (897) y modos de vida poco convencionales (898) están exentos constitucionalmente de la -- regulación estatal al constituir rights of privacy, pero no lo están la homosexualidad (899), la cohabitación --- (900) ó incluso la convivencia de personas no relacionadas por vínculos familiares (901) ó el derecho a llevar el pelo largo (902). De todas formas hay que tener en -- cuenta que la denegación de writs of certiorari no constituye jurisprudencia y que las afirmaciones sumarias, -- aunque formalmente si lo son, en la práctica equivalen a que el T.S. no ha entrado en el tema ya que son casos de apelación sobre los que el T.S. no tiene jurisdicción -- discrecional; por ello, la homosexualidad y la cohabitación pueden considerarse en compás de espera (903).

Sin embargo, en estos temas, los tribunales estatales interpretando su propia Constitución son más libertarios, como ocurre por ejemplo con el uso de la marihuana (904) o la inconstitucionalidad de leyes que hacen obligatorio el uso del casco para circular en moto (905), con lo que puede afirmarse en cierto modo que ha ocurrido una efectiva puesta de moda de Stuart Mill (906).

En tercer lugar, como han señalado Tribe (907) y --- Howard (908) los intentos de definir la personalidad (personhood) y englobar en una sola filosofía moral los recientes autonomy cases han resultado un fracaso. El propio pensamiento de Stuart Mill resulta totalmente inadecuado para un concepto moderno de la personalidad. En palabras de Tribe, "una de las razones por las que no se puede confinar la categoría de los rights of privacy al ámbito de la libertad de que habla Stuart Mill es que éste lo limita a aquellas actividades que sólo producen algún impacto sobre el propio actor, pero no a las libertades que repercuten sobre terceros (909)", entendiendo por tales el derecho al uso activo de la personalidad: derecho a la propia imagen (910), al nombre, a la propia reputación (911) ... etc. ó aquéllos que tienen un doble matiz como ocurre con el derecho a elegir si se quiere o no descendencia (912), a la educación de esa descendencia -- (913), muchos de los cuales han sido admitidos como constitucionales por el T.S. o al menos por tribunales inferiores.

En todo caso el problema de la constitucionalización de Stuart Mill es sólo un ejemplo. El argumento antes expuesto por Perry es impecable.

Lo mismo puede decirse de los argumentos generales de la filosofía política o social, como los que subyacen tras la primera enmienda (914), o tras la dormant commerce clause (915), del aborto (916), de la affirmative ---

action racial (917), del machismo como prejuicio (918) o de la pena de muerte (919).

Como luego veremos esta acusación también puede formularse respecto de todas las posturas doctrinales, incluso las más juridificadas como la de Ely, entorno al tema de la interpretación de la Constitución por el T.S. (920).

Efectivamente, el T.S. es el foro de la moral y política en general, de la cultura en un sentido amplio si se prefiere, de Norteamérica.

Pero, sin embargo, sería igualmente falso afirmar - por ello que el T.S. no es un tribunal en el sentido más estricto del término. Y ello, por una razón muy simple: todos estos debates, aunque se formulen originariamente en términos de filosofía moral o política, se juridifican. El gran profeta Tocqueville ya lo vio muy claro --- cuando afirmó que "apenas hay algún tema político en los Estados Unidos que tarde o temprano no acabe convertido en judicial (921)".

Esta juridificación opera en un doble sentido: 1) - Porque deja de convertirse el debate en un debate extra-jurídico automáticamente, para pasar a serlo de Filosofía Jurídica (las mayúsculas son intencionadas). Si hay cuatro grandes temas político-social-morales hoy en discusión en Norteamérica, pasada la "borrachera" del Vietnam, éstos son los del aborto, el feminismo, los programas de affirmative action racial que quitan oportunidades a blancos con nombres y apellidos que a priori y objetivamente tienen más méritos para aprovecharlos y el de la política económica neoliberal. Todos ellos han pasado, y seguirán pasando hasta que queden definidos, por el T.S. Y su paso por el T.S. hace que automáticamente -

cambie el enfoque de los debates. La oportunidad o conveniencia desaparece para plantearse en términos de "justicia ideal" de los intereses en juego (la mejor justicia puede ser a veces la acomodación utilitarista del máximo posible de intereses contrapuestos) y basta para cerciorarse de ello la lectura de cualquier revista popular o la contemplación de cualquier programa de televisión relativo al tema. Pero es que hay más.

2) La filosofía, ahora jurídica, se convierte además en Derecho Constitucional (y no me estoy refiriendo al fenómeno de la constitucionalización concreta de derechos) en el sentido de que esa justicia ideal tiene por parámetro la tradición constitucional previa, la comparación con la interpretación constitucional anterior y el acomodo o contrapeso de los nuevos valores, o de las nuevas filosofías, con los principios jurídico-constitucionales específicos o abiertos plasmados en la jurisprudencia anterior.

Los derechos más alejados de las "emanaciones de las penumbras" se convierten en concepciones concretas de qué deba ser el due process o la igualdad de la enmienda 14, o se reformulan en términos jurídicos (rights of privacy and personhood, por ejemplo) que a su vez encajan con otras piezas más específicas de la Constitución (la inviolabilidad del correo o del domicilio, por ejemplo).

Y esto ocurre no sólo con la moral convencional sino también con los principios más puramente políticos. - El costo económico de una sentencia, por ejemplo, factor prototípico de oportunidad a primera vista, imposible de calificar como principio jurídico, se reconduce al spending power del Congreso y al principio de separación de poderes; el número de presos que quedarían automáticamente

te en la calle al de seguridad ciudadana ... etc., etc., la filosofía política y la moral en filosofía jurídico--constitucional.

Y precisamente el consensus como método lo que propone es la mayor competencia para objetivar el debate en los tribunales, que tienen unos valores-guía supuestamente jerarquizados en la Constitución y en la tradición -- históricamente legitimada de la interpretación de la misma como auténtica living Constitution.

Sirva esta descripción como antecedente de las conclusiones finales de este trabajo. Se ha hecho, sin embargo, necesaria por la alusión a la filosofía moral como fuente. Se repetirá, sin embargo, como constante en -- absolutamente todas las partes de esta tesis porque éste es el hilo que las conecta.

(d).- Pequeña alusión a la doctrina como fuente.

Antes de pasar a la gran crítica de la constitucionalización de los derechos sustantivos, es decir, a John Hart Ely, se hace necesario, sin embargo, otra precisión que enlaza con el tema de las "filosofías concretas". -- Hay veces en que estas filosofías concretas se avalan -- por juristas cuyo prestigio recuerda al de los jurispru-⁷ dentes romanos. No trato la doctrina como fuente independiente por la sencilla razón de que en gran parte constituye una gran vía de canalización del consensus social, sobre todo en su fase de respuesta al T.S.

Cuál sea el porcentaje es inútil delimitarlo, pero es indudable que el T.S. lee las críticas de sus sentencias (922) y que los políticos consultan y utilizan a la doctrina en su actividad parlamentaria con absoluta asi-

duidad sea como asesores (923), sea como instrumento de crítica al T.S. (924).

Precisamente por ello doy un tratamiento igual a lo largo de esta tesis a jurisprudencia y doctrina.

Hay momentos concretos en la historia del T.S., -- sin embargo, en que grandes profesores rebasen esa actividad normal para convertirse casi en fuente directa.

Quizás el ejemplo más llamativo fuera el de Thomas McIntyre Cooley, profesor de Derecho de la Universidad de Michigan, magistrado del Tribunal Supremo del mismo Estado, primer presidente de la Interstate Commerce Commission y autor del libro más influyente sobre el Derecho Norteamericano en la segunda mitad del siglo XIX -- (925), libro "producto de una serie de conferencias que aceptó dar cuando lo rechazaron todos sus compañeros de la Universidad porque no les venía bien (926)". Su Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union (Boston, 1868), cuya filosofía consistía en enumerar derechos fundamentales que, sin necesidad de expresa mención de los textos constitucionales, actuaban como límite al police power de los Estados, puro liberalismo, base del substantive due process económico, no sólo fue citado en miles de sentencias como auténtica autoridad, sino que motivó innumerables modificaciones en las Constituciones de los Estados, acogiendo sus puntos de vista, llegando a imponer en el T.S. doctrinas concretísimas como la del public purpose como requisito del poder tributario, doctrina acogida en Loan Association v. Topeka (927) y, por supuesto, en último término, la libertad contractual constitucionalizada en Lochner (928).

Otros grandes juristas norteamericanos podrían recogerse: John Norton Pomeroy, John Forrest Dillon, --- Christopher G. Tiedeman, ... etc. todos ellos del siglo XIX a través de sus obras académicas.

Corwin y Pound escribían frecuentemente artículos ante la proximidad de pronunciamientos jurisprudenciales del T.S.

El fenómeno se sigue produciendo (929), a veces -- alentado por el propio T.S. que se reserva pronunciamientos colaterales al fundamento estricto de la sentencia para motivar la publicación de artículos que le sirvan de guía o de luz en el planteamiento de las diversas cuestiones. Pero quizás sólo Cooley llegó a algo -- aproximado a la auctoritas como tal.

D:11.- La gran crítica de los valores sustantivos en --
pro de los adjetivos: John Hart Ely.

De entre todas las distintas posiciones doctrinales que ha generado el gran debate de la legitimidad -- del judicial review de finales de los años 70, la de -- Ely destaca en un triple aspecto: el fondo de la tesis, su juridicismo y su estilo literario, que como todas -- las formas de expresión, contribuye, en gran parte, a -- la seducción general de su propuesta (930).

DEMOCRACY AND DISTRUST (931) está estructurada en tres partes perfectamente diferenciadas que, por ello, necesitan tratamiento separado. Aunque ya haya sido objeto de un excelente comentario en España por García de Enterría (932), merece la pena volver a exponer su propuesta.

(a).- El problema del interpretativismo.

Varias cláusulas de la Constitución son tan abiertas que difícilmente puede determinarse su contenido por referencias al texto o a la historia. El método interpretativista sólo rige para las más específicas, pero no puede regir para las abiertas. El interpretativismo es atractivo al tener el halo de la legitimidad. En palabras de Grey, siempre puede decir el magistrado, "yo no lo hice, tú lo hiciste (933)", o en las de Ely, el método "refleja la voluntad del pueblo (934)". Pero en última instancia resulta imposible. Pese a que de pasada menciona Ely uno de los argumentos básicos: sería la voluntad del pueblo sólo si alguien considera que puede llamarse pueblo a un conjunto de gentes muertas ya hace tiempo (935), Ely no insiste en este punto, sino que refuerza el argumento de la imposibilidad recurriendo al lenguaje y la historia de las que él considera cláusulas abiertas: la primera enmienda, la prohibición de castigos crueles e inusuales de la octava, la novena enmienda y las cláusulas de privilegios e inmunidades y de igualdad de la enmienda catorce.

Y para ello dedica casi la totalidad del primer artículo (936) a un repaso histórico del origen de dichas cláusulas y, en concreto, de la conceptualización no abierta del due process a la vez que de la conceptualización abierta de la cláusula de privilegios e inmunidades y de la novena enmienda.

El due process resulta así limitado a su aspecto procedimentalista, el que había predominado tras lo que se consideró exceso del T.S. en la era pre-1937.

Naturalmente, más problemas ofrece el texto, que no la historia, de la novena enmienda y de las restantes --

cláusulas de la enmienda catorce. De ésta se vale Ely para justificar la existencia de un método no interpretativo. Paradójicamente, en relación con el desarrollo judicial de estos preceptos, Ely ve la apelación al método no-interpretativo en cláusulas que el T.S. había congelado desde su mismo origen (937), mientras que a la normalmente usada por el T.S., la de due process, se le reconoce un carácter procedimental que es el que generalmente parece indicar el propio lenguaje y su origen histórico.

Pero, en todo caso, lo importante es que Ely señala que el método interpretativo es totalmente imposible porque tanto el lenguaje como la historia demuestra claramente que existen cláusulas abiertas, cláusulas dejadas a una concreción posterior por los jueces.

(b).- La crítica de los valores fundamentales.

Una vez reconocida la existencia de cláusulas abiertas y, por ende, el "engaño" de quienes creen aplicable el método interpretativo a la totalidad de los preceptos constitucionales (938), Ely se vuelve hacia el examen de cuál deba ser el contenido del método no-interpretativo.

Ello lo hace en dos fases: una negativa, la crítica de los valores fundamentales (939) y otra positiva, la defensa de los valores procedimentales o adjetivos (940).

Dejemos por el momento la segunda.

El ataque a las diversas manifestaciones de la teoría de los valores sustantivos, valores subjetivos del juez, derecho natural, principios neutrales, razón, tradición y consensos es auténticamente demoledor.

Pero vayamos por partes:

b:1.- La crítica de la apelación a los valores subjetivos de los jueces.

Para Ely revisten esta forma no sólo los trabajos de Tribe, sino también diversas orientaciones - de la llamada political jurisprudence (941) y, nosotros añadiríamos, en parte, la de McDougal, co-creador de la policy-oriented school of jurisprudence - (942). A todos éstos "los despacha" Ely con la afirmación absolutamente real de que son "irreconciliables con los postulados más básicos de nuestro sistema democrático de gobierno (943)". Sin embargo, - no se le escapa que la forma usual de rehuir este - ataque consiste en afirmar que a largo plazo los valores del T.S. no pueden imponerse a los del resto del país, por la existencia de controles políticos: control del Congreso sobre el presupuesto, sobre la jurisdicción de apelación, sobre las nominaciones, sobre su composición, el poder de enmienda constitucional o incluso la reacción popular; en una palabra, la plétora de argumentos hamiltonianos (944) - de uso bastante corriente por quienes afirman abiertamente el carácter democrático del judicial review como Rostow (945), Dahl (946), etc., etc. Sin embargo, para Ely, que podía argumentar que ya está bien tener a un país en jaque durante al menos dieciocho años (946)^{bis}, es decir, a corto plazo, le basta con señalar que esos controles pura y simplemente no funcionan. Son más nominales que reales, mientras que el activismo judicial, tomándolo de Karst y Horowitz, "se alimenta así mismo (947)", creando - en grupos sociales la ilusión de que el T.S. puede y debe pelear contra todo abuso haya o no base constitucional (948), tergiversando el sistema democrático de gobierno. "Por otra parte", concluye, "son muy pocos los que defienden abiertamente la exclusividad de los valores subjetivos del juez como fuen-

te del Derecho Constitucional. Por el contrario, la búsqueda pretende ser 'objetiva' y 'neutral'; la referencia se hace a algo 'ahí fuera' esperando ser -- descubierto (949)".

b:2.- La crítica del Derecho Natural (y de la filosofía moral).

Ely reconoce que el iusnaturalismo había estado, extendido en Estados Unidos a lo largo del siglo XIX, "aunque no lo estaba tanto como se dice --de hecho -- era una cuestión bastante controvertida--(950)". La -- invocación "intersticial" (951) era sin embargo bastante corriente (952). Sea como fuere, el hecho es -- que el Derecho Natural se invocaba con toda facilidad en ambos lados de cualquier disputa y, en concreto, para justificar tanto la esclavitud como su abolición (953). Su absoluta vaguedad, que llega a cualquiera a dotarle del contenido que quiere, ha hecho que "el concepto haya desaparecido del pensamiento -- norteamericano (954)". Trasladando el tema a la filosofía moral, Ely admite que hoy en día se ha aprendido a razonar acerca de las cuestiones morales, "pero sería un error llevarlo hasta el extremo de suponer que razonar acerca de temas éticos es lo mismo que -- descubrir una verdad ética absoluta (955)": no existe objetividad alguna (956).

b:3.- Su crítica de los principios neutrales.

Quizás haya sido Ely el que más claramente ha -- expresado los límites (como meramente formales) de -- la teoría de los principios neutrales de Wechsler. -- No creemos necesario repetir ahora lo que allí se dijo (957).

b:4.- La crítica de la razón (y de la filosofía moral).

Ely interpreta razón como el equivalente a esquemas lógicos para establecer la gran verdad a la que hemos hecho referencia con anterioridad: "técnicamente, por supuesto, la razón por sí sola no te puede decir nada: sólo puede conectar premisas con conclusiones (958)". Si por razón se entiende el -- "metodo de razonar característico de la filosofía moral (959)" para el que los jueces son supuestamente más competentes, Ely pregunta irónicamente por qué los jueces y no los clérigos, novelistas, historiadores o incluso los filósofos profesionales. Sin embargo, astutamente, Ely cierra toda posible escapada al enfrentarse igualmente al problema a nivel institucional pues en el fondo quienes defienden la constitucionalización de la filosofía moral por el T.S. lo hacen porque aseguran que es la institución de poder más capacitada en su estructura para ello, Para Ely, aquí el engaño es doble; en primer lugar, no hay un método universal, ni siquiera mayoritario, de filosofía moral o política, lo que haría de las sentencias del T.S. algo irrisorio: "Nos gusta ---- Rawls (960), a vosotros Nozick (961). Ganamos, señores. La ley es inconstitucional (962)". En segundo lugar, la enseñanza histórica es la contraria en -- dos sentidos: biográfico: ¿qué juez del Tribunal -- Taney superó a Lincoln? (963) y sociológico: la historia sugiere, que habrá prejuicios sistemáticamente en la elección de valores fundamentales por los jueces, prejuicios que naturalmente favorecen los -- valores de la clase media alta, la clase profesional de donde provienen la mayoría de abogados y jueces (964)".

De nuevo la irónica pluma de Ely concluye con una enumeración de los valores constitucionalizados por el T.S. (libertad académica, intimidad, autonomía personal, feminismo ...) para acabar: "Pero mirad como huyen en desbandada todos los teóricos de los valores fundamentales cuando alguien menciona - el derecho al trabajo, a una comida digna, o a la - vivienda: esos son importantes, claro, pero no fundamentales (965)".

b:5.- La crítica de la tradición.

Como indicara J. White en su voto particular - en Moore v. City of East Cleveland (966) la tradición puede servir para defender cualquier causa. -- ¿Qué tradición?, ¿la norteamericana?, ¿la anglosajona?, ¿la del mundo entero o la del occidental?, ¿en qué época?, ¿tradiciones de 1700?, ¿del siglo XIX?, ... El espacio de maniobra "no tiene parámetros espaciales ni temporales (967)". Aun delimitándola, - ¿por qué se presume una sola?, ¿no puede haber dos tradiciones, la racista y la igualitaria, por ejemplo,?. "Simplemente no existe una tradición norteamericana que no sea ambigua (968)".

b:6.- La crítica del consensus.

Finalmente, Ely se enfrenta a Wellington (969) de una forma equiparable a como se enfrentaría con Perry (970) ó a la versión más democrática de la - policy-oriented school of jurisprudence (971). Para Ely pura y simplemente no hay método de constatación del consensus. Lo más aproximado que existe es el trasvase de técnicas analíticas modernas (972) - al campo del Derecho Constitucional, pero el Derecho Constitucional está alejado bastantes leguas de

esos campos (973). Por otra parte, "no tiene sentido emplear los juicios de valor de la mayoría (en qué consiste el consensus) como vehículo para proteger minorías contra juicios de valor de esa mayoría (expresados a través de la ley) (974)".

El destino de quien busca valores fundamentales es inevitable: "una pregunta mal formulada no produce respuesta alguna (975)".

(c).- El modelo de reforzamiento de la representación y protección de minorías (976).

El modelo adjetivo que propone Ely, que como él mismo indica (977) justifica la legitimidad de la jurisprudencia del Tribunal Warren a la vez que condena el activismo libertario del Tribunal Burger (978), se basa en dos tipos de fundamentos, uno semifuncional, la conjugación de la democracia con la justicia constitucional, y otro legalista (textualista u originalista, el examen desde este punto de vista, sección por sección, enmienda por enmienda, de la Constitución Norteamericana. Queda por tanto patente el intento constante de Ely de no salirse del campo del argumento jurídico, aunque en último extremo, como veremos, resulta inútil. Pero el intento, ligado a su excelente pluma, seduce, configurando su obra como el planteamiento más juridificado de cuantas propuestas se han formulado.

c:1.- La santificación de la nota a pie de página número 4 de Carolene Products (979).

La nota de este célebre caso ya ha sido reproducida literalmente con anterioridad (980), por lo que no insistimos en su reproducción pero debe siempre tenerse en cuenta.

Para Ely, la célebre nota plantea clarísimamente los dos métodos posibles de aplicación judicial de la Constitución.

El primer párrafo recoge la regla general: el interpretativismo.

El segundo y el tercero parten de la base de -- que el interpretativismo no es posible en todos los casos y no sólo eso sino que describen literalmente el método no interpretativo: "el párrafo 2 sugiere como función adecuada del T.S. procurar que la maquinaria de la democracia mayoritaria funcione como debiera, el asegurarse de que los canales de participación y comunicación permanecen abiertos (981)". "El párrafo 3 sugiere que el T.S. debiera también -- ocuparse con lo que las mayorías hacen a las minorías, mencionando concretamente la existencia de leyes motivadas intencionalmente para hacer daño a -- las minorías (982) así como la posibilidad de que -- el aislamiento y la desventaja política de algún -- grupo pueda justificar un mayor cuidado en el examen de la constitucionalidad de las leyes que pri--
ma facie les perjudican (983)".

Las posibilidades de la nota, según Ely, no -- han sido realmente desarrolladas en toda su potencia.

c:2.- La triple legitimidad del modelo.

El modelo de Ely se basa en la sustitución de los valores sustantivos, fórmula absurda por subjetiva, por la de los procedimentales objetivos: el -- único valor a proteger es el que asegura que los -- juicios de valores sustantivos que se produzcan en

la arena política son los que auténticamente quiere la mayoría de los ciudadanos, de forma que no se -- tergiversen ese juicio sustantivo de la mayoría. En una palabra, que los accesos a la representación y al proceso político en general sean reales para todos.

Ely no discute que alguien pueda argumentar -- que esos valores son en sí mismos sustantivos (el -- valor democracia prima sobre el valor de contenido sustantivo, es decir, el resultado del ejercicio de esa democracia) pero señala que se engaña quien lo equipara a los restantes valores, ya que conceptualmente es perfectamente delimitable el cómo se toman las decisiones del qué se decide (984).

Y la primacía de ese valor democrático o participativo tiene una triple fuente de legitimidad ya que éstos son los valores (a) de los que nuestra -- Constitución se ocupó en primer lugar y con más éxito; (b) cuya 'imposición' no sólo no contradice sino que apoya al sistema norteamericano de democracia -- representativa; y (c) para cuya 'imposición' los -- tribunales, apartados de los procesos políticos, están situados institucionalmente en una posición óptima (985)".

c:3.- El contenido concreto del modelo.

El contenido concreto del modelo de Ely consiste en un análisis agudo del problema capital de la teoría política: la representación (986). Esta implica dos realidades: el control por los ciudadanos de los gobernantes (principio mayoritario) y el hecho de que los elegidos representan al total de los intereses, de forma que el representante, aunque --

conserva el vínculo del mandato imperativo, no puede seguirlo cuando ese interés meramente mayoritario perjudica a las minorías sin motivo alguno (la voluntad general no es la mitad más uno, sino el -- agregado).

Los constituyentes reaccionaron frente al exceso hipotético del primer principio con el Bill of Rights, áreas de poder individuales --y estatales -- frente a la Unión-- que aseguraban el que las minorías pudieran ser oídas.

Pero la primera mitad del siglo XIX demostró -- que el segundo principio no estaba suficientemente protegido. La cláusula de igualdad supuso pura y -- simplemente el reconocimiento dramático de que a -- las minorías no les bastaba con el Bill of Rights -- ya que éste no aseguraba su participación lo bastante como para evitar la tiranía de la mayoría.

Tanto la Declaración de Independencia (987) como el cuerpo de la Constitución originaria, que "se preocupa enteramente de dibujar estructuras -- explicando quién entre los diversos actores ... tiene poder para hacer qué (988)", como incluso el Bill of Rights y las diversas enmiendas en su totalidad, -- que Ely se ocupa de recorrer analíticamente cláusula a cláusula (989), refuerzan su tesis tal y como -- las interpreta; con la única excepción, de nuevo sale a relucir su ironía, de la esclavitud y la ley -- seca constitucionalizada en 1918 y naturalmente enmendada a su vex en cuanto se dieron cuenta de que constitucionalizar un valor sustantivo (la templanza) era absurdo (990).

La propia historia de la jurisprudencia del T.

S, debería enseñarle el error de constitucionalizar abiertamente valores sustantivos: la constitucionalización de la esclavitud en Dred Scott (991) y la de la libertad contractual en Lochner (992) son hoy consideradas aberraciones jurisprudenciales. Y a -- los tres años de Roe el propio T.S. comienza a asustarse y dar marcha atrás (993), dice Ely (994).

La conclusión no puede ser más tajante: "Nuestra Constitución ha permanecido en gran parte como lo que una Constitución debiera ser, preocupada con cuestiones constitutivas --primariamente con los mecanismos de decisión--, pero también en gran parte -- con el tema de si todo el pueblo está realmente pre presentado o si en cambio se excluye a alguien de -- los procesos o beneficios con que la mayoría efectiva se favorece. Lo que ha distinguido a la Constitución Norteamericana, y a Norteamérica misma, ha sido el sistema de gobierno, no una ideología en el -- poder (995)".

Antes de acabar la exposición conviene describir bien el aspecto minority-protecting ya que es -- quizás el punto más flaco del modelo de Ely, ya que propone la protección de quienes no están excluidos (outsiders) de la participación en el sistema y gozan de garantías para que su elección valga lo mismo que la de los demás. Precisamente por ello le dedica un capítulo entero del libro (996). Sin embargo, ya antes de trabajar específicamente sobre el -- tema había dejado claramente expuesto su fundamento básico (997) que a los efectos de una exposición como la que estamos haciendo resulta más práctico: -- "Incluso los técnicamente representados pueden encontrarse funcionalmente incapaces y por ello necesitar de algún tipo de 'representación virtual' por

otros que son más poderosos que ellos (998)". Se trata de "aquéllos grupos que por ser minoría habitual son sometidos en un conjunto de temas a una legislación u otra de privación más onerosa que aquélla a la que se someten voluntariamente los que habitualmente prevalecen (999)".

El razonamiento se hace más complejo en DEMOCRACY AND DISTRUST (1.000). La raza sirve como calificación primaria puesto que a ella iba dirigida la cláusula de igualdad (1.001). El carácter "aislado y discreto" de Carolene también es otro punto de partida, pero cualquier grupo que pierda una batalla legislativa lo es. En realidad, la célebre nota quería designar a "aquéllos grupos sociales cuyos deseos y necesidades no parece que creen un interés de atenderlos por parte de los representantes que resultan elegidos (1.002)".

¿Cómo traduce estos criterios en principios operativos?.

El test que Ely configura es el de la hostilidad notoria: deben ser objeto de sospecha las leyes que discriminan a aquéllos "que sabemos que son el objeto de ~~W~~ilificación general (1.003)". Pero este método le crea todavía más problemas: ¿cómo se averigua si existe esa hostilidad?. Normalmente el aislamiento, la falta de relaciones sociales generalizadas, es un indicador (1.004). De todas formas, el prejuicio puede no ser razón suficiente como por ejemplo ocurre con algunas discriminaciones en algunos tipos de empleo para sujetos con determinados antecedentes penales, etc., etc., ... En último término, su discusión, grupo por grupo (ladrones, pobres, homosexuales, ... etc., etc.), es una prueba

de que el principio básico no está tan claro.

Si bien Ely tiene problemas con la cláusula de igualdad, su fundamentación no interpretativista de las libertades de la primera enmienda es, sin embargo, impecable. Estos derechos, constitucionalizados o no por los constituyentes, "deben ser de todas -- formas protegidos por los jueces con firmeza, porque son críticos para el funcionamiento de un proceso democrático abierto y efectivo (1.005)". Las barreras a los derechos de libertad de expresión, publicación y asociación políticas pueden bloquear el funcionamiento del proceso democrático, de ahí que la apertura de los canales de participación exija -- su desmantelamiento judicial. "No podemos fiarnos -- (en estos campos) de los representantes elegidos, -- ya que los que están dentro tienen la tendencia a, y los medios para, lograr que los que están fuera -- permanezcan fuera (1.006)"; ó, dicho de otra forma, "aquéllos tienen un interés adquirido en el mantenimiento del status quo (1.007)".

D:12.- La respuesta a Ely.

La fundamentación y la brillantez de Ely son tan sólidas que puede afirmarse con Grano que, aunque su teoría no es perfecta, ha invertido la carga de la prueba, de forma que "ahora la carga de la persuasión recae sobre los que defienden otras teorías (1.008)".

Res bien, esta contraofensiva ya ha comenzado y, como veremos, levanta varias y serias objeciones a la tesis de Ely.

(a).- El ser y el deber ser.

Aunque resulta obvio, quizás convenga insistir en -- que Ely no ha tratado de racionalizar la función del T.S. tal y como es en la actualidad, sino tal y como debiera ser. El."; bien! ..., pero el T.S. hace otra cosa", nunca hay que olvidarlo del todo. Ni siquiera la jurisprudencia del Tribunal Warren en su totalidad se ajusta a los moldes de Ely. Griswold (1.009) resulta obviamente excluido, por ejemplo, como igualmente Skinner (1.010), producto de una época en que la teoría de los valores sustantivos estaba todavía más desprestigiada que en la época del Tribunal Warren.

(b).- La crítica histórica.

Efectivamente, quizás Berger tiene razón cuando lisa y llanamente afirma que Ely "tuerce, retuerce y tergiversa los hechos históricos para que se ajusten a su teoría (1.011)". También Perry le ha acusado de los mismo.

Este aspecto de la crítica hace caer el fundamento mismo de la teoría al imposibilitar el método no-interpretativista. Los constituyentes de la novena, primera, octava y décimocuarta enmiendas tenían unas concepciones (que no conceptos) muy claros in mente a la hora de promulgarlas. O, como mínimo no se ha demostrado que no los tuvieron. Hoy es casi seguro, salvo nuevas averiguaciones, que la novena enmienda no tiene nada que ver con lo que Ely le atribuye (1.012) y que la cláusula de privilegios e inmunidades de la enmienda 14 probablemente no quería sino constitucionalizar los derechos reconocidos en la Civil - Rights Act de 1866 ... etc., etc.

Ligar, por tanto, a la legitimidad histórica toda la construcción hace que ésta se tambalee salvo que se vuelva, como hace Perry, al concepto de living Constitution. Quizás por ello el mismo Ely insiste no tanto en este ma-

tiz originalista como en el valor en sí mismo de la democracia representativa para Norteamérica.

(c).- La crítica desde la teoría de los valores sustantivos.

c:1.- Los valores adjetivos no son inteligibles sin el fundamento sustantivo que les subyace.

Quizás el reparo que más se repite en cuantos han comentado la obra de Ely sea el de que el valor democracia representativa en sí mismo es un valor - más y su primacía de rango en el modelo es una afirmación sin base real.

Tribe, por ejemplo, reinterpreta de nuevo toda la Constitución, Bill of Rights y enmiendas señalando cuáles son los valores sustantivos a que cada -- cláusula hace referencia. Valores que explican la - estructura y no al revés.

La crítica real, sin embargo, no es tanto la de que es falso que la Constitución no abarque valores sustantivos (Tribe) como la de que el mismo fundamento hay para afirmar la primacía de los valores - participativos como la de los sustantivos (Perry, - Tushnet y, sobre todo, Kay). Pero este aspecto, que es el reparo más importante, creo yo, a la tesis de Ely, será desarrollado con más detalle posteriormente (1.013).

En todo caso, Tribe, en concreto, admite que - gran parte de la Constitución parece efectivamente regular procesos o materias asimiladas (1.014) sean procesos puramente representativos o de carácter adjudicativo, entendiendo por tales aquéllos casos en

que se impone la voluntad pública: qué procedimientos son debidos cuando la acción pública repercute sobre un ciudadano.

La elección de en qué casos prima un tipo de norma procesal sobre otra requiere la determinación del interés individual en juego y esa determinación sólo puede hacerse dotando de valores sustantivos a los respectivos intereses. En concreto Tribe utiliza el ejemplo, tortuoso para la jurisprudencia norteamericana desde principios de siglo, de la participación en la administración pública - sea en su faceta de administración de adjudicación ó, sobre todo, en la de elaboración de disposiciones de carácter general (1.015).

Pero, una vez determinado cuál de esos procesos se impone, cada uno de ellos tiene reglas que obedecen a criterios sustantivos distintos y motivan su respectiva ampliación o restricción según los casos.

En el sistema adjudicativo, por ejemplo, el privilegio de autoacusación responde a la idea de proteger el valor dignidad, la cuarta enmienda a la de proteger la intimidad del hogar, las reglas sobre el jurado o el derecho a la defensa letrada protegen los valores de certeza en la apreciación de los hechos.

Cuando prima uno sobre otro sólo puede entenderse atendiendo a la teoría de los valores sustantivos (1.016). Aunque no lo menciona, la idea de Tribe queda mucho mejor plasmada con el ejemplo de las líneas jurisprudenciales creadas en materia de prospectividad-retroactividad después de Linkletter (1.017), preciosa plasmación de cómo los valo-

res tienden a jerarquizarse para racionalizar la solución de problemas.

Lo mismo ocurre con otro gran principio adjetivo de la Constitución, el principio representativo. El quién y el cómo del derecho de voto sólo pueden enjuiciarse desde la teoría de los valores sustantivos: ¿qué tipos de inhabilitaciones penales caben?, ¿por qué no votan los menores?, ¿y los extranjeros?, ¿los residentes?, ¿todos los ciudadanos?, ¿qué sistema de entre todos los posibles?, ¿el proporcional?, ¿el mayoritario?, ¿en qué instituciones?, ¿dónde es tá la diferencia entre entes puramente representativos, semi-representativos como las corporaciones -- donde su voto pueda afectar a gente ajena a la corporación y puramente administrativos que no exigen representación?, ¿por qué si son representativas -- las school boards y no la American Bar Association, cuando las normas que éstas dictan pueden afectar a futuros abogados impidiéndolos serlo sin su participación? ... etc., etc. Incluso la regla básica de -- "un hombre, un voto (1.018)" es una plasmación clarísima de una toma de postura equivalente a un juicio de valor sustantivo.

c:2.- ¿A quién proteger?.

Quizás aquí sea todavía más fácil comprender -- que el trabajoso intento de Ely de clasificar minorías "discretas y aisladas" ofrece un fundamento mucho más operativo desde la teoría de los valores. -- Tribe toca fondo cuando indica que "la conclusión -- de que una clasificación legislativa revela estereotipos basados en el prejuicio u hostilidad social -- surge en realidad de un desacuerdo con el juicio -- que implica el estereotipo: juicio acerca de la jus

ticia de las opciones que se les deja o de las cargas que se les impone (1.019)". El por qué se puede discriminar a los ladrones y no a los católicos sólo se explica atendiendo a la respectiva valoración social de las respectivas actividades. Precisamente la falta de criterio del T.S. en temas como la homosexualidad (no la ha admitido nunca expresamente como clasificación sospechosa) se debe a la no fácil constatación de si la búsqueda de la identidad sexual es o no un valor digno de protección... etc., etc. Sólo una "visión sustantiva de qué conductas debén considerarse admitidas -visión que no puede aceptarse o condenarse atendiendo sólo a los procesos políticos, por muchos datos informativos que se tengan", nos indica qué grupos debieran ser o no protegidos por la cláusula de igualdad.

c:3.- La falta de límites conceptuales y, por tanto, el potencial total de apertura de la teoría de Ely.

La aguda mente de Tribe le permite razonar cómo la idea de limpieza de los canales de participación no tiene un punto final posible. El problema de los modos no convencionales de vida, por ejemplo, o todos los rights of personhood puede canalizarse por esta vía, con lo que tanto el problema como su solución no variaría (1.020).

(d).- La crítica desde los defensores del consensus.

El más claro exponente de la teoría del consensus, Perry, no contesta a los reparos de Ely (1.021).

Pero sí ha recibido en cambio respuesta desde otro gran sector de la teoría del consensus, el de la policy-

oriented school of jurisprudence. Por razones de sistemática, hemos preferido trasladarla allí para favorecer el tratamiento unitario de una de las escuelas norteamericanas de filosofía del Derecho que ha resultado ser de las más extendidas y tomadas en consideración actualmente -- (1.022).

(e).- La crítica de Tushnet.

Tushnet ve el soporte de toda la teoría de Ely en tres principios axiomáticos: (A) El principio justificativo: "hay ocasiones en que el desplazamiento judicial de las decisiones del legislador -judicial review- está justificado"; (B) El principio del restraint: "los jueces no pueden hacer justificadamente todo lo que quieran, sino que deben someterse a ciertos controles en su comportamiento como jueces"; y (C) El principio de la adjudicación neutral (value-free adjudication principle): -- "en una sociedad pluralista, no pueden objetivarse bastante los valores para ordenar las instituciones sociales (1.023)".

Estos tres principios son, sin embargo, incombina-- bles; se autoexcluyen casi por definición. "La dificultad con la teoría (de Ely) reside en que el primero de los principios -el justificativo- sólo lo es tal cuando el poder judicial se encomienda a la teoría de limitar obstáculos funcionales (a la participación); y, sin embargo, la identificación de esos obstáculos funcionales da lugar a la manipulación, lo que viola el principio del restraint y requiere el uso de valores objetivos, lo --- cual no existe según el principio de la adjudicación neutral (1.024)".

Naturalmente, esta forma tridimensional de enfocar la crítica tiene, sin embargo, un fundamento base más -- elemental que explica la imposibilidad de conjuntar los

tres principios de la tesis de Ely: el de la asunción de que el valor participativo es objetivo y, por tanto, controlable según los esquemas judiciales clásicos.

"Ely piensa que la sociedad está de acuerdo en que la participación es el valor primario; critica al Derecho Natural porque la sociedad no se pone de acuerdo --- acerca de su contenido, ni siquiera en un grado mínimo - que permita fundamentar las decisiones. El presupuesto empírico que le sirve de base para criticar el Derecho Natural, contradice el implícito en su propia teoría --- (1.025)". En una palabra, "dista mucho de estar totalmente establecido que la participación sea el valor constitucional preeminente (1.026)".

Pese a ello, Tushnet no se detiene ahí, que es donde lo hace el resto, sino que consciente de que la tesis de Ely tiene un potencial funcional más llamativo que el de la mera legitimidad histórica o sociológica (que sea o no un valor establecido), comprende que, "Ely ha podido querer decir que, con independencia de si la participación es o no un valor consensuado, es una condición necesaria para el funcionamiento de una democracia (1.027)", lo cual presume que es el mantenimiento de una forma de gobierno, con la que Ely está de acuerdo, el valor básico y fundamental con total independencia de que esa forma de gobierno genere injusticias y arbitrariedades. El consensus en este punto fundamental es el que para Tushnet, naturalmente, no existe (1.028).

(f).- El auténtico encauzamiento de la teoría de -- Ely hacia las categorías donde realmente debiera estar.

Utilizando las categorías del principal representante de la escuela neanalítica anglosajona, H. L. A. Hart, Richard S. Kay ha reconducido con bastante claridad de -

ideas la propuesta de Ely a su esfera correcta: la de las normas preconstitucionales (1.029).

También aquí, por razones de sistemática, remitimos a páginas posteriores, ya que tanto la nueva escuela de Derecho Natural como la neocanalítica (~~con las dos escuelas~~) junto con la policy-oriented school of jurisprudence, según Moore, son las tres escuelas más vivas y que mejores resultados han aportado en general a la filosofía acerca del Derecho en la segunda mitad del siglo XX (1.030), por lo que se impone un estudio más detallado de sus premisas aunque siempre desde la óptica particular del tema que -- nos tañe, el de la interpretación constitucional. Remitimos por tanto a páginas posteriores (1.031).

D:13- La tesis procedimentalista de Hans Linde.

Hans Linde tuvo ocasión, cuando todavía no era juez de dar un repaso a los fundamentos mismos del judicial -- review con motivo de la crítica del concepto de racionalidad propósito de la aplicación de las cláusulas de igualdad y de due process.

Efectivamente, en un artículo (1.032) que, sin lugar a dudas, puede calificarse de revolucionario (1.033), Linde propuso inconscientemente un enfoque del judicial review que resulta tremendamente familiar para los juristas europeos.

El entonces profesor de la Universidad de Oregón basó su crítica al concepto de racionalidad en un doble fundamento: ni es útil para los tribunales que tienen que enjuiciar la constitucionalidad de las normas, ni, lo que -- ahora nos interesa más, es útil para el legislador.

En el primero de los puntos la tesis de Linde es pa-

recida a la de todos los críticos de la formulación del test de la racionalidad como correlación entre medios y fines: ya que los fines de la ley son manipulables, no tiene sentido convertir este esquema de análisis en una norma general, pues el T.S. puede apreciar siempre una finalidad concreta de la ley diferente de la que aprecian los tribunales inferiores (1.034).

Pero en el segundo aspecto, es donde Linde pone el énfasis. "Para estructurar un proceso legislativo auténticamente racional", dice Linde, "tendríamos que obligar a las corporaciones representativas a coincidir en la formulación de un fin deseable. Tendríamos que obligar a los legisladores a que se informaran acerca de la futura operatividad de la norma y acerca de si en realidad la finalidad buscada va a hacerse efectiva (1.035)". Este procedimiento de elaboración de las normas puede funcionar en la elaboración de disposiciones de carácter general de rango inferior a ley, donde la promulgación de reglamentos por la Administración debe ser participativa y totalmente objetiva (al menos en estricta teoría constitucional). Pero, cuando el órgano que elabora la norma no es la Administración sino que la promulgación de la misma corresponde a los órganos parlamentarios, esa objetividad no es un postulado constitucional. No solamente resultaría una hipocresía (1.036) el atribuir a las corporaciones representativas esa objetividad en la fijación de la finalidad que la ley debe cumplir, sino que el legislador no está constitucionalmente obligado a perseguirla: las leyes se votan con independencia de que pretendan o no conseguir el bien común. No está obligado el legislador a hacer un cálculo previo en términos de relación beneficio-costos. Puede legislarse lisa y llanamente para realzar valores sociales o morales por el mero hecho de querer realzarlos (1.037).

A esta conclusión se llega por la más pura lógica --

cuando se introduce el factor tiempo. La ley decimonónica más racional conforme a los conocimientos empíricos de -- aquél tiempo puede quedar obsoleta por el cambio de las -- circunstancias sociales y, sin embargo, el legislador no está constitucionalmente obligado a cambiarla.

En vez de configurar una cláusula de due process sustantiva, según se sigan o no los dictados de la racionalidad, lo que hay que hacer es asegurarse de que en el proceso de elaboración de la ley no existen vicios que sistemáticamente aparten del poder a los potencialmente perjudicados por la ley que se va a promulgar.

En vez de examinar a posteriori la racionalidad de -- la ley, lo que hay que hacer es asegurarse de que el proceso de elaboración ha sido limpio.

Si los tribunales norteamericanos pasaran a enjuiciar la validez de los interna corporis, cosa que no hacen jamás, la inmensa mayoría de las dudas que se les -- plantean a los jueces quedarían patentes sin necesidad de recurrir al disfraz de la irracionalidad.

Todos los casos en que se han anulado leyes por irracionales en la jurisprudencia del T.S. lo han sido porque el alto tribunal tenía dudas acerca de que los propios legisladores supieran lo que estaban haciendo (1.038). Esas dudas se producen porque el T.S. no tiene control sobre -- los procedimientos de elaboración, repercutiendo el juicio de constitucionalidad sobre el resultado: la norma -- promulgada cuya racionalidad se discute.

Las cláusulas de igualdad y de due process, por tanto, son cláusulas adjetivas en su más pura entraña: controlan, o mejor, deberían controlar las "normas esenciales del proceso político (1.039)", la toma de decisiones;

pero una vez establecida la rectitud del proceso de la toma de decisión, su racionalidad no podría cuestionarse. - Es decir, el due process lo es de law making, del proceso mismo de elaboración de las disposiciones generales.

D:14.- Las nuevas escuelas anglosajonas analítica y de Derecho Natural.

(a).- Introducción.

Tanto los autoconfesados positivistas, como H. A. L. Hart, como los iusnaturalistas ^(como) Fuller, ~~(Dworkin, ... etc.)~~ han participado en las recientes décadas con auténtico -- entusiasmo en la polémica acerca del proceso judicial de interpretación constitucional desde la óptica abstracta -- de la filosofía del Derecho.

Sería falso, sin embargo, afirmar que se han enfrentado directamente al tema. Sus opiniones suelen consistir en alusiones a la especificidad (o no) de la interpretación constitucional, pues normalmente de lo que se ocupan sus escritos es de la aplicación judicial del derecho, o del concepto mismo del derecho, en general.

(b).- H. A. L. Hart.

Hart reconoce abiertamente que no existe la lógica jurídica o el razonar jurídico: "... y así, el razonar de ductivo, que durante generaciones ha sido mimado como la auténtica perfección del razonar humano, no puede servir de modelo para lo que los jueces, o cualquiera, debieran hacer al resolver casos concretos en aplicación de reglas generales (1.040)"; ó, como señala al hablar que la interpretación legal, "... la lógica no indica cómo deben interpretarse los términos; ... la lógica sólo te dice hipotéticamente que si das a un cierto término un contenido -

entonces se le sigue necesariamente determinada conclusión. La lógica no nos dice cómo clasificar particulares -y este es el meollo de la decisión judicial- (1.041)". Estas afirmaciones acerca de los límites de la lógica en el proceso de decisión jurídica son expresión de la corriente general tendente a explicar su papel real que ya hemos examinado con anterioridad (1.042).

Sin embargo, Hart ha intentado aportar soluciones - por diferentes vías: en primer lugar, a través de su teoría de los "cores" y "penumbras" en la interpretación de leyes (1.043). En todo caso, su posición última es una - de rechazo a la concepción "oracular" de Blackstone y --- Montesquieu, ya que en esas áreas de penumbra es donde - los jueces pueden legislar abiertamente y la única forma legítima de legislación judicial debe ser racional en el sentido de que debe responder a una labor de ingeniería social; los jueces deben hacer social policy. Pero para Hart social policy no significa en absoluto juicio de moralidad. Una decisión no tiene que ser moralmente correcta o no, sino inteligente y que responda a una finalidad racionalmente buscada. Por esta vía elude el positivismo la invocación de fuentes normativas extra-jurídicas. Naturalmente, la construcción de Hart descansa en un concepto apriorístico del Derecho. Asume que la fundamentación de un sistema jurídico no reside en el poder coercitivo sino en ciertas "reglas fundamentales aceptadas socialmente que especifican los procedimientos esenciales de elaboración del Derecho (1.044)": en una palabra, lo que Hart llama regla de reconocimiento (1.045). Estas reglas, como ha puesto de relieve perfectamente Fuller --- (1.046), no son más que el equivalente en Hart de la --- Grundnorm de Kelsen. Así, Hart presupone la existencia - de esas reglas cuya función principal consiste en localizar las competencias para crear el Derecho, para legislar. Para Hart, en el caso de la interpretación constitu

cional, la regla de reconocimiento es clara: las reglas a interpretar están en la Constitución misma. "En cualquier momento dado, los jueces, incluso los del T.S., integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central (core) como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres de dejar de lado al ejercer la autoridad para dictar aquéllas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema ... (La Constitución) circunscribe su actividad creadora (1.047)".

Si los jueces se sintiesen libres para interpretar - como quisieran la Constitución, y ello fuera aceptado por el pueblo, lo que ocurriría es que la regla básica, la regla de reconocimiento, ha cambiado. Ya no sería la propia Constitución sino aquélla que vendría a otorgar abiertamente poder constituyente a los jueces.

Hart utiliza para ello el ejemplo del cricket. Los jugadores pueden jugar sin árbitro, siguiendo las reglas del juego. Si se incorpora un árbitro, las reglas del juego no cambian, son las mismas. Si decidieran que el árbitro es tan supremo que puede cambiarlas, el juego deja de ser el del cricket para convertirse en otro (1.048).

La distinción resulta muy útil y ya veremos lo aplastante que resulta precisamente su aplicación concreta al caso norteamericano por Kay (1.049).

Pero Hart no ataca directamente el problema de cuál es la regla de reconocimiento en los Estados con tribunales constitucionales, y ese es el problema básico que no resuelve.

Sólo indirectamente recoge de pasada que en el caso

norteamericano la regla de reconocimiento es la propia Constitución escrita; "las cláusulas de su Constitución son el criterio supremo de validez (1.050)", con lo --- cual, lo que Hart parece admitir, es que el texto es la propia norma de reconocimiento, lo que nos lleva al irresoluble problema de qué ocurre cuando texto no es claro, trasladando el ámbito del tema: la propia regla de reconocimiento no está clara.

Y, sin embargo, admitir que Hart afirma que en Estados Unidos la regla de reconocimiento es dudosa, sería - tergiversar su pensamiento.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que Hart - simplemente parece otorgar a la Constitución el carácter de regla de reconocimiento pero sin pensarlo demasiado.

Otra de las aportaciones útiles de Hart ha sido la de la formulación de lo que él denomina "reglas de adjudicación". Se trata de normas secundarias, últimamente - conexas con la regla de reconocimiento, que sirven para identificar a los individuos que pueden juzgar y para definir el procedimiento a seguir en ese proceso (1.051), pero carecen ahora de interés para nosotros porque sólo hacen referencia a procesos formales, y no a procesos interpretativos (1.052).

(c).- Lon Fuller.

Fuller, quizás el más conocido filósofo norteamericano del Derecho, ha tenido también ocasión de enfrentarse al problema general de la interpretación y de la adjudicación, aunque no directamente con el de la interpretación constitucional.

El primero de los temas fue tratado (1.053) en su -

contestación a un célebre artículo de Hart donde exponía, antes de su CONCEPT OF LAW, la teoría de los "cores" y "penumbras" a la vez que formulaba, por primera vez la regla de reconocimiento (1.054).

Fuller criticaba principalmente el aspecto puramente analítico de la filosofía de Hart, a la vez que el pretendido positivismo de la regla de reconocimiento.

Para Fuller la teoría de las áreas prototípicas (cores) y áreas de penumbra, siendo aquéllas la "instancia standard" de una norma (1.055), es totalmente irreal. Se necesita saber necesariamente la finalidad de la ley (objetiva o subjetiva) para interpretar los términos (1.056). Sólo preguntándonos "para qué sirve esta norma, qué mal intenta evitar, qué bien pretende promover." (1.057)", podemos acercarnos a la interpretación de la ley. En una palabra, la lingüística de Hart es demasiado simplista. Y lo que es más, la moral es inseparable del Derecho.

Trasladándose del campo de la interpretación de la ley al de la interpretación constitucional, Fuller indica que el análisis de Hart no explica la validez de la propia norma de reconocimiento. Si aceptamos que ésta sea la misma Constitución escrita, el positivismo jurídico necesariamente no puede llegar más allá de la imposición del valor de la Constitución como norma porque la propia Constitución lo diga. "Una Constitución, para ser efectiva, tiene que ser aceptada, al menos provisionalmente, no sólo como ley suprema sino como buna ley suprema (1.058)". El positivismo, al dejar de lado este aspecto de ideal, resulta en una incapacidad de autoexplicación de la propia norma de reconocimiento.

Sin embargo, tampoco Fuller va mucho más allá. Den-

tro del campo general de la filosofía del Derecho, Fuller es un iusnaturalista "a medias". Su iusnaturalismo tiene un carácter procedimentalista. La Constitución será buena o mala norma según se ajuste o no, no a ideales iusnaturalistas en general, sino a lo que él llama "la moralidad interna del Derecho (1.059)": una serie de requisitos que debe tener todo ordenamiento jurídico para poder ser aceptado como tal. En una palabra, "el Derecho, por el mero hecho de estructurar un orden, contiene su propia moralidad implícita (1.060)". Cuáles sean esos requisitos no aparece, sin embargo, tan claro. Evidentemente, Fuller parece referirse a los ocho puntos que el programa del imaginario Rex entendía necesario establecer como mínimos para la existencia del Estado (1.061).

Pero si repasamos esas ocho condiciones mínimas, algunas de las cuales sólo se alcanzan en estadios muy evolucionados de Estados de Derecho, si es que se llegan a alcanzar, lo único que nos queda es una total confusión entre el "ser" y el "deber ser", en el que el "deber ser", además, no tiene otra justificación que la de ser un sistema filosófico más.

Pero Fuller no ha limitado su filosofía del Derecho al estudio de los fundamentos últimos del Derecho, sino que también se ha ocupado del análisis, quizás el más cuidadoso y concienzudo de toda la doctrina norteamericana, de la naturaleza misma del proceso de adjudicación - como algo distinto del proceso político y del proceso de contratación.

En un celeberrimo estudio finalmente publicado en 1978 por la Harvard Law Review (1.062) Fuller intentó de linear las líneas básicas del concepto de adjudicación - atendiendo tanto a criterios formales como del fondo.

Su análisis es especialmente interesante en el primer aspecto: efectos de la declaración judicial (prospectividad-retroactividad), tipos de problemas más típicamente judicializables (los que no implican cuestiones policéntricas o la imposición de deberes prestacionales) y la función institucional del proceso judicial (necesidad de dar razonamientos).

En concreto, estudió con gran claridad de ideas las características del proceso como institución, es decir, lo que vendría posteriormente a sacar al foro de la discusión pública la teoría wechsleriana de los principios neutrales.

Efectivamente, Fuller es un antecesor de la caracterización como meramente formales de los principios neutrales, pues distinguió perfectamente entre la vertiente institucional y la vertiente de fondo del contenido de las sentencias.

Su definición del concepto de adjudicación caracteriza a éste como un "(A) proceso de decisión que garantiza a las partes la participación, mediante el derecho a ser oído, presentar pruebas y razonar los argumentos --- (1.063)" y "(B) que impone, además, en el decisor la --- obligación de oírlos (1.064)" y "(C) que obliga al decisor a razonar el acto para que pueda ser abiertamente --- contrastado por todos (1.065)".

Estas son, pues, las características institucionales del proceso judicial, características que hacen reconocible a un proceso como judicial, pero que nada nos dicen acerca del contenido concreto de la sentencia. Sería ni más ni menos que el equivalente al contenido de los principios neutrales de Wechsler.

Pero Fuller, al contrario que Wechsler, reconoce que existe un plus borroso para determinar si la decisión es o no auténticamente judicial. Ese plus para Fuller parece ser el que los jueces siempre adjudican pretensiones de derechos o intereses subjetivos.

Mientras que en el contrato o en el proceso político todas las partes son conscientes de que tratan de regular o armonizar intereses de mera conveniencia, en el proceso judicial nadie alega la mayor o menor conveniencia, sino que formulan pretensiones de reconocimiento de derechos.

El problema, sin embargo, no hace más que trasladarse a otro ámbito: ¿cómo se reconoce si una pretensión es un derecho a partir de un texto o un precedente que es ambiguo?

Aquí Fuller resulta contradictorio. Por una parte, - afirma que la categorización de una pretensión como auténtica pretensión no es posible a priori, sino que es el aspecto institucional el que automáticamente convierte una pretensión en un derecho. "No se trata tanto de que los jueces decidan sólo cuestiones formuladas como pretensiones de derecho como de que sea lo que sea lo que se decide o sea lo que sea lo que se somete a su decisión, ello tiende a convertirse automáticamente en una pretensión de derecho. Esta conversión se opera automáticamente por el marco institucional en el que tanto los litigantes como - el juez se ven envueltos (1.066)".

Por otra parte, sin embargo, no conforme con esa renuncia a la búsqueda de requisitos de fono, Fuller intenta configurar más detenidamente cuáles sean éstos. Para - ello, parte de la dicotomía de posibles juicios racionales que estableciera Hume, comprobación empírica y comprobación lógica, para llegar a la conclusión de que la sen-

tencia razonada no lo es tal en ninguno de esos dos sentidos. El proceso judicial, si se exigen esos estándares de racionalidad, no podría calificarse jamás de racional (1.067).

Sin embargo, Fuller no cree que la racionalidad como predicado de una sentencia se limite a las dos fuentes que utilizara Hume. "Existe una tercera forma de discurso racional, distinta de la constatación empírica de hechos y de la lógica deductiva. Es el área donde los -- hombres intentan constatar y articular las implicaciones de las finalidades compartidas por todos. Esta actividad intelectual se parece a la deducción lógica, pero difiere bastante de ella. En la lógica, cuanto más clara sea la premisa, más certera será la conclusión. En el proceso del que hablo, (la tercera forma de racionalidad), el método discursivo parte de la afirmación abierta de finalidades que cumplen el papel de premisas o puntos de partida, para entrar en contacto intelectual con otras finalidades concurrentes u opuestas. El resultado final no es una mera demostración de las consecuencias de la admisión de una finalidad concreta, sino más bien una reorganización y clarificación de las mismas finalidades que -- constituyeran el punto de partida (1.068)".

Fuller no ha especificado ni aclarado con mayor precisión este párrafo algo enigmático. Sin embargo, no es difícil comprenderlo, aunque implique algún riesgo de -- tergiversar su pensamiento ya que es el que conecta sus distintas líneas de análisis, aunque el propio Fuller no sea muy consciente de ello.

Efectivamente, Fuller parte de la legitimidad de la búsqueda de la finalidad, normalmente moral, de toda norma. Esa búsqueda lleva a una primera afirmación de valores protegidos por la norma, afirmación de valor sometido

sometida al contraste y adaptación a otros valores, proceso en el cual se racionaliza la finalidad última del conjunto de la inter-relación del ordenamiento jurídico.

Lo típico del proceso judicial es el mecanismo institucional descrito, pero también el resultado o fondo: la racionalización ya operada en el caso concreto por -- aquél proceso.

De ahí su crítica al positivismo, que al no conectar con las finalidades o motivaciones morales últimas de las normas, llega no sólo a la afirmación del derecho por el derecho como fundamento último (regla de reconocimiento), sino a la insuficiencia total de la analítica - lingüística como método de interpretación.

(d).- La posición de Dworkin.

Quizás sea Dworkin el filósofo del Derecho anglosajón que más cuidadosamente ha estudiado el problema concreto de la interpretación constitucional, pues a ella -- refiere constantemente parte de sus hipótesis generales.

Recientemente ha tenido ocasión de estudiar el tema (1.069) en su triple dimensión de adjudicación de common law, de interpretación de la ley y de interpretación -- constitucional. Para ésta última, Dworkin ve el fundamento de la interpretación judicial en el desarrollo por el juez de su propia "teoría de la Constitución, que adopta la forma de un conjunto complejo de principios y policies que justifican ... el sistema de gobierno (como un todo) (1.070)". De esta forma llega a algo parecido a los principios neutrales de Wechsler (1.071). Como Wechsler, -- Dworkin afirma la especial competencia y capacidad de -- los jueces en el ejercicio dialéctico que requiera la -- formulación de decisiones sometidas a principios (1.072).

También admite la no posibilidad de escapar de la subjetividad: el juez debe depender de sus propios juicios de valor. Pero intenta salir de la trampa acentuando la --- creencia de que el juicio, en el fondo, nunca descansará en el hecho de que la sentencia es del propio juez, sino en la creencia de que el juez ha tomado en cuenta la tradición moral de la comunidad, convencimiento último de los jueces que basta para objetivar su interpretación. - El juez, "identifica una concepción particular de la moralidad comunitaria como decisiva en algún tema jurídico (1.073)".

Con esto entramos en el meollo de la propuesta de Dworkin. Para él resulta capital la distinción entre conceptos y concepciones.

La diferencia entre ambos, que hay quien dice ---- (1.074) que se trata simplemente de una nueva versión de la distinción entre significado (meaning) y aplicación - (application) de un precepto constitucional concreto, -- distinción que estuvo de moda en la jurisprudencia del T.S. durante toda la segunda mitad del siglo XIX y primer tercio del siglo XX (1.075), se basa en la existencia de dos tipos de preceptos, es decir, en otra versión de la two-clause theory que ya hemos tenido ocasión de - exponer con anterioridad (1,076).

Unos, los específicos, impondrían al legislador límites basados en concepciones concretas de los actos prohibidos. Otros, los que apelan a conceptos jurídicos muy indeterminados, las llamadas cláusulas abiertas, impondrían al legislador prohibiciones basadas en estándares abstractos de comportamiento cuya concepción concreta correspondería determinar a los tribunales según la realidad social y el tiempo en que los conceptos han de ser - aplicados (1.077).

A su juicio, pues, la Constitución, al establecer - en algunos preceptos conceptos en vez de concepciones, - autoriza al T.S. a varias éstas según los cambios de la moralidad pública a lo largo del tiempo. No se está usurpando poder alguno, sino precisamente cumpliendo la finalidad de los constituyentes (1.078).

En todo caso, las tendencias iusnaturalistas de --- Dworkin están ligadas al concepto de consensus moral comunitario. El juez tiene suficiente autoridad para captar la moralidad social siempre que lo haga estructurando la sentencia conforme a principios neutrales.

Pero, mientras Wechsler daba las nociones de policy y principios por explicadas, Dworkin intenta definirlas al barruntar, acertadamente, que aquí reside uno de los principales problemas. Los jueces siempre operan con --- principios, no con policies. Ello explica la especial --- competencia y capacidad de los jueces así como el carácter normalmente retroactivo de las decisiones judiciales, haciendo caso omiso de la línea jurisprudencial que siguió a Linkletter (1.079). Para Dworkin, al igual que para Wellington, los principios obedecen al sentido de --- fairness de los jueces, y no a su sentido de utilidad: - "los tribunales que crearon la poco afortunada doctrina del fellow-servant (1.080), por ejemplo, pensaron siempre que la regla era exigida por la justicia, no por la utilidad y cuando la regla fue derogada lo fue porque su justicia, no su utilidad, fue atacada por una diferente generación de juristas (1.081)".

Los principios operan con derechos (fines individuales o políticos que pueden ser soportados con éxito frente a las metas generales de la comunidad) mientras las policies operan simplemente con metas (que no soportan - ese test). El problema entonces se traslada al de la de-

terminación de cuándo existen pretensiones de derecho en cada caso concreto o, lo que es lo mismo, cómo se articula el concepto de justicia (fairness) en un caso concreto.

Y para ello la única respuesta que ofrece Dworkin - es la ya conocida del consensus moral social.

Conviene, por otra parte, matizar que la distinción entre policies y principles de Dworkin debe completarse a su vez con la distinción entre principles y rules que es la distinción de donde Dworkin deriva la de el concepto-concepción.

Efectivamente, aunque la distinción es a veces muy difícil de ser llevada a cabo, ello no obsta para que -- exista tanto en el plano de la lógica conceptual como en el de su distinta eficacia.

Los principios no determinan la aplicación de consecuencias jurídicas cuando no se cumplen, cosa que no ocurre con las reglas, sino que sirven de guía cuyo incumplimiento cabe perfectamente dentro del ordenamiento. -- Además, los principios suelen operar por pares, de forma que pueden concurrir varios, o entrecruzarse entrando en conflicto, dando lugar a su respectivo contrapeso, mientras que si dos normas regulan el mismo supuesto de hecho, lo normal es que una anule totalmente a la otra --- (1.082).

Los conceptos establecerían, pues, principios, mientras que las concepciones establecerían reglas o normas, de ahí su respectivo valor.

Las categorías de Dworkin son tan llamativas que -- quizás merezca la pena detenerse un momento en ellas.

Si aceptamos plenamente que algunos preceptos establecen conceptos y, por tanto, autorizan la plasmación judicial de distintas concepciones, entonces la tesis -- del consensus sobre la moral convencional de Perry se ha ce prácticamente indestructible, pues aparecería ligada enteramente a la legitimidad del texto como fuente prima ria y única e incluso a la legitimidad de la intención de los constituyentes al articular conscientemente con-ceptos en vez de concepciones en determinados preceptos.

Y, sin embargo, ha sido el propio Perry el que se ha encargado de descubrir y rasgar ese velo de legitimidad.

Para Perry toda la construcción de Dworkin adolece de un defecto fundamental: "Dworkin no ofrece en absoluto prueba alguna que apoye la proposición de que los --- constituyentes de cláusulas como las de la libertad de expresión, igualdad o libertad de prensa, pretendieran -- constitucionalizar 'conceptos' en vez de 'concepciones' particulares ... Por el contrario, existen pruebas históricas incontestables de que los constituyentes de las enmiendas primera y catorceava pensaban que estaban constitucionalizando -y por eso estaban constitucionalizando-juicios de valor específicos y particulares de la actualidad contemporánea de entonces acerca de determinadas -- prácticas políticas (1.083)".

En una palabra, la apariencia de legitimidad desaparece totalmente. Dworkin tendría ahora que recurrir, como mínimo a una supravaloración del texto por sí solo o a justificar funcionalmente, atendiendo probablemente a la noción de living Constitution, su modelo de conceptos y concepciones.

D:15.- La vuelta a Hart como crítica básica de todas las

teorías de los valores: las normas preconstitucionales de Kay.

En un precioso y preciso artículo, Richard S. Kay, partiendo del positivismo de Hart ha racionalizado perfectamente, trasladando al campo de la filosofía del Derecho, lo que Perry planteara al poner énfasis en la naturaleza funcional de todas las teorías doctrinales del judicial review constitucional (1.084).

Kay admite plenamente la formulación de la existencia de una regla de reconocimiento con el mismo contenido que la formulada por Hart. Sin embargo, a partir de aquí se separa. "Sería fácil concluir que la regla de reconocimiento coincide con la Constitución escrita (1.085)", como hace Hart, y esa es precisamente la versión ortodoxa o tradicional del judicial review. Los jueces no pueden declarar inconstitucional una ley salvo que ésta se oponga a la Constitución escrita, ya que entonces el legislativo se excede en sus propias atribuciones constitucionales e infringe la propia regla de reconocimiento. En una palabra, es el ideal del government by law, not by men (1.086).

Sin embargo, con esta construcción ortodoxa, lo que se opera es una formulación inconsciente de la regla de reconocimiento que deja de ser la Constitución escrita para pasar a serlo aquélla que podría formularse como si sigue: la regla de reconocimiento nos ordena que el texto es la única fuente posible de referencia para contrastar con él todos los actos o normas de los poderes públicos.

Se trata entonces no de una norma constitucional si no de una norma preconstitucional cuya legitimidad deja de derivarse de la Constitución escrita para pasar a depender del consensus social general acerca de cuál sea -

esa norma preconstitucional. Es decir, salvo que la pro pia Constitución afirme clara y taxativamente que sólo una interpretación textual de la misma es válida, lo -- que ninguna Constitución hace, la regla de reconocimiento deja de estar localizada en el texto escrito para pa sar a estar fundamentada en algo ajeno al mismo (1.087).

Kay acepta plenamente la construcción de Hart acer ca del consensus como la principal fuente de las reglas de reconocimiento, pero difiere en su localización con- creta en la Constitución escrita, al menos para el caso norteamericano.

Trasladado el tema de la interpretación de la Constitu ción al ámbito de las reglas preconstitucionales, - toda la polémica entorno al método interpretativo, tan- to de las cláusulas específicas, como de las genéricas, deja de poder fundamentarse en el texto constitucional. "Queda claro, entonces, que cuando discutimos acerca de cómo debiera usar el T.S. el texto y otros factores en su proceso de adjudicación, discutimos acerca de si nos parece o no correcta una regla preconstitucional ... Es ta mos, pues, necesariamente fuera del campo convencio-- nal del razonamiento jurídico ...; se trata de una cuesti ón necesariamente extrajurídica (1.088)". "Toda pro-- puesta de un método interpretativo concreto sólo puede justificarse desde fuera del sistema jurídico, desde la moral, la teoría política o las preferencias estéticas (1.089)".

Naturalmente, mientras los enfoques interpretati-- vistas operan sobre la base de la preferencia de la le- gitimidad histórica, las teorías no-interpretativistas prefieren la legitimidad de la living Constitution, pe- ro ninguna de ellas puede pretender una fundamentación a partir del sistema jurídico interno.

Kay "devuelve la pelota." a cuantos constituciona-- listas promueven las risas de su auditorio al ironizar el célebre silogismo de J. Roberts en United States v. Dutler (1.090). "No es más ridícula la regla de J. Roberts que los más sofisticados sistemas de otros magistrados (1.091) ... o los de una miriada de constitucion-- nalistas (1.092)".

Naturalmente, Kay no dice que todas las propuestas ni el debate acerca de ellas sean fútiles, sino que, -- por el contrario, tienden a someter a debate público -- los conceptos básicos de cada sistema político; gobierno representativo y sometimiento al imperio de la ley -- generan una tensión que cada generación tiene derecho a discutir. Cada generación tiene además el derecho a procurar que se siga la norma preconstitucional que crea -- dominante.

D:16.- Pequeña nota acerca de la analítica lingüística.

Recientemente se han desarrollado corrientes científicas en los Estados Unidos que pretenden la aplicación de la filosofía analítica de Wittgenstein al estudio de las decisiones judiciales.

El objeto de ese estudio no es tanto el papel del lenguaje de la Constitución en la decisión judicial como el lenguaje del lenguaje mismo empleado en la decisión.

Dado que la función judicial constitucional, por -- mucho que se la califique de jurisprudencia política, -- es diferente de la de administrar o legislar, los que -- proponen este nuevo enfoque piden la superación de todos aquellos enfoques típicamente políticos o sociológicos (behaviourales principalmente) que, por sí mismos,

no aciertan a explicar totalmente la función de la justicia constitucional (1.093).

Ha sido Brigham, sin duda alguna, el autor que con más cuidado ha intentado esta superación mediante el estudio del lenguaje constitucional desde el punto de vista de la filosofía analítica (1.094).

La propuesta de Brigham es simple: la filosofía -- del lenguaje no sólo puede servir para entender mejor -- la Constitución en cuanto texto (1.095) sino que, lo -- que ahora nos interesa más, puede servir para explicar coherentemente el fundamento de las decisiones judiciales y, por ende, servir a los propios jueces en la racionalización de su proceso de decisión.

Brigham parte de la tesis de Wittgenstein de que -- "no hay manera de salirse del mundo conceptual en cuyos términos interpretamos la realidad (1.096)". "Tanto la elección judicial como la consiguiente explicación de -- esa elección son una respuesta a un mundo previamente -- ya simbolizado (mediante el lenguaje) (1.097)".

El lenguaje constitucional es un lenguaje distinto del ordinario y ello hace que adquiera una dinámica propia, de forma que muchas veces la innovación judicial -- es un producto del desarrollo del lenguaje más que de -- la formulación de nuevas reglas o principios jurídicos.

No se trata, sin embargo, del estudio del lenguaje como forma de interpretación típico de la escuela analítica desde Austin hasta Dworkin (1.098), sino del estudio del lenguaje como estructura, de forma que tanto -- las "convenciones" que dan contenido a los términos vulgares de la Constitución, como las "prácticas" legales, que son la base para la interpretación de los conceptos

típicamente jurídicos, son las auténticas estructuras conceptuales de las que el juez no puede salirse, del mismo modo que al emitir su sentencia prefigura estructuras conceptuales que sirven de punto de partida para la futura interpretación del precedente por los jueces que vengan después.

Brigham utiliza ejemplos llamativos entre los que destaca el desarrollo del principio de igualdad y el del derecho a la intimidad, pero el estudio de las sentencias desde el punto de vista del estructuralismo lingüístico es un fenómeno constantemente repetido (1.099).

Efectivamente, Brigham parte de la eficacia conceptual de la fundamentación de Plessy v. Ferguson (1.100) al establecer la doctrina separados pero iguales en materia de discriminación racial. Al diversificar la estructura conceptual que implica el término "igualdad" en la enmienda 14, entendiendo el concepto como algo distinto del de integración, el T.S. "fijó una línea futura de argumentación (1.101)" que sólo una variación de la estructura conceptual, mediante un nuevo tipo de convención social, podía deshacer.

Por eso la cláusula de igualdad quedó esterilizada en el sentido de que mientras no se demostró que la separación implicaba desigualdad (lo cual sólo es demostrable en términos empíricos o, para los que no creen en la verdad de este tipo de utilización de las ciencias sociales, mediante una demostración de que las convenciones que soportan el lenguaje han cambiado), no pudo recobrar su vitalidad (1.102).

Este sistema de análisis aparece como más real todavía en la resurrección del substantive due process.

El concepto de "privacy" en sus orígenes era un - concepto ajeno al texto constitucional y tenía un signi- ficado distinto del que ha venido a construirse como de- recho constitucional.

Su introducción en el mundo del Derecho fue obra - de Brandeis y Warren (1.103), quienes reaccionando --- frente a avances tecnológicos como los de la fotografía lo formularon como ramificación de los derechos de la - personalidad.

Este derecho a la intimidad (privacy) fue, pues, - fruto de una nueva estructura lingüística desarrollada a finales del siglo pasado.

Una vez juez del T.S., Brandeis lo recondujo a la inviolabilidad del domicilio (mediante intervenciones - telefónicas) de las enmiendas 4 y 5 en un voto particu- lar que resultó ser profético (1.104), formulando el --- llamado "derecho a estar solo" (right to be let alone) (1.105).

De voto particular pasó a ser plenamente reconoci- do como integrado en esas enmiendas por obra de J. Mur- phy (1.106) y a considerarse una de las concepciones bá- sicas del concepto de "libertad dentro de un orden" con que J. Frankfurter argumentaba la incorporación del --- Bill of Rights a los Estados a través de la enmienda 14 (1.107).

En este proceso, sin embargo, la convención social en que se basaba la estructura lingüística seguía sien- do más o menos la misma.

Griswold v. Connecticut (1.108) fue el gran paso. De ser un derecho conectado con la inviolabilidad del -

domicilio por la policía pasó a configurar un área de - no intervención estatal en los "secretos del tálamo conyugal".

J. Douglas, sin embargo, utilizó un argumento típico de la filosofía analítica clásica que ya conocemos - (1.109) para declarar inconstitucional la penalización del tráfico de anticonceptivos.

El término, trasladado a un nuevo ámbito, pasó a ser lenguaje constitucional que, a su vez, iba a influir en las prácticas legales y convenciones jurídicas que sustentan ese lenguaje.

Tan es así, que el gran salto no se había dado propiamente en Griswold, sino que se iba a dar en Roe v. Wade (1.110).

Efectivamente, a medio camino entre Griswold y Roe se encuentra Eisenstadt v. Baird (1.111), donde se extendió Griswold a las relaciones extraconjugales, de forma que la intimidad dejó de ser un derecho protector del domicilio familiar para pasar a ser, en palabras de J. Brennan, un derecho "a librarse de interferencias de los poderes públicos en materias que afectan fundamentalmente a la persona como lo es la de la decisión de tener o no hijos".

De aquí a Roe quedaban pocos pasos. Pero lo más importante no es tanto la nueva estructura subyacente en el término intimidad (privacy), obra del diálogo T.S.-abogados-sociedad, que ya de por sí lo es, sino el cómo la jurisprudencia del T.S. parece buscar la justificación de las sentencias en la inclusión de las nuevas normas que en la estructura lingüística por él creada en el precedente y ya aceptada por la sociedad que se -

ha acostumbrado a la regla jurídica y a la estructura -- lingüística utilizada por el precedente.

Efectivamente, como señala Brigham, "J. Blackmun -- (en Roe) parecía menos preocupado por la búsqueda de una fuente en que amparar el derecho al aborto que por demostrar que la pretensión era (socialmente) admisible (en -- el sentido de que el término privacy parecía haberse extendido convencionalmente hasta abarcar este tipo de decisiones) (1.112)".

El párrafo de Roe en que se basa merece transcripción literal por lo agudo de la observación: "Este right of privacy se fundamenta en la enmienda 14 ... ó, como -- señala el Tribunal de Distrito, en la reserva de derechos en el pueblo de la novena enmienda, es lo suficientemente amplio para abarcar a la decisión de una mujer -- embarazada determinar o no su embarazo (1.113)".

Así pues, insistimos con Brigham, no importaba tanto la fuente, como la constatación de la ampliación de -- la convención social abarcada por el concepto de intimidad.

Este método de análisis basado en el estructuralismo lingüístico (1.114) puede efectivamente, por tanto, -- lanzar nueva luz en la racionalización de las decisiones judiciales. Y toda racionalización a posteriori es, naturalmente un elemento útil para el proceso de interpretación constitucional.

Brigham no pretende la exclusividad del método, sino tan solo arrojar nueva luz sobre el proceso de interpretación constitucional (1.115) y, desde luego, su resultado es bastante llamativo.

Quizá su pretensión de que el estudio del estructuralismo lingüístico sirva en el futuro al juez constitucional de la misma manera que la gramática ayuda al niño a mejorar su capacidad de comunicación (1.116) sea una pretensión exorbitada, pero todo lo que tienda a racionalizar el proceso de decisión es en principio algo digno de ser tomado en consideración.

E.- LA ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCION COMO FUENTE DE LA INTERPRETACION.

"Ni el uso de la expresión 'régimen jurídico' para designar sólo el procedimiento y el régimen de recursos en nuestra práctica legislativa es un criterio constante ni uniforme para todas las Administraciones Públicas que permita inducir de él la voluntad inequívoca del constituyente ni, aunque lo fuera, podría aceptarse sin más esta interpretación sin apoyarla en otras razones que deriven directamente de la propia estructura constitucional" (STC de 28 de Julio de 1981. Recurso de inconstitucionalidad número 40/1981).

E:1.- Introducción.

En Marzo de 1968 el profesor Charles L. Black dio una serie de conferencias en Louisiana State University, publicadas posteriormente en forma de libro (1.117), en las que se abogaba abiertamente por un nuevo sistema de interpretación constitucional.

Este sistema consiste "en inferir (el Derecho Constitucional) de las estructuras y relaciones creadas por la Constitución en todas o algunas de sus principales partes (1.118)", por contraposición a los métodos tradicionales de interpretación basados en la interpretación y reconducción a cláusulas concretas del texto constitucional.

En este método, las subnormas constitucionales "no

podrían invocar un precepto textual concreto como autoridad (1.119)", sino el conjunto de las estructuras y relaciones de poder que la totalidad del texto (o las principales cláusulas) han dibujado para el gobierno de los Estados Unidos.

Aunque el método en sí mismo, como creación doctrinal, se discute posteriormente (1.120), no cabe duda de que, pese a que C. Black lo configurara como un método rechazado y sin vigencia en el proceso actual de interpretación (1.121), este método explica multitud de doctrina del T.S., siendo aplicado en la realidad aunque sin referirse formalmente a él.

En concreto, este método explica además doctrinas que ningún otro método ha sido capaz de explicar coherentemente, como son las de la delegación, parte de la jurisprudencia relativa al deslinde de competencias entre los Estados y la federación, la llamada void-for-vagueness doctrine; el tema de la diferente validez constitucional de un acto o norma según el poder público que lo ejercita y la state action.

E:2.- La configuración de las áreas de competencias federales y estatales.

Como es sabido, la Constitución norteamericana no contiene una lista de atribuciones competenciales paralela a las de las Constituciones europeas. El artículo I sí enumera las competencias federales en la Sección 8, prohibiéndoles además el ejercicio de algunas de ellas -- en concreto a los Estados en la Sección 10, pero las competencias estatales sólo se basan en la genérica -- atribución de la enmienda número 10 que cerraba la reforma introducida por el Bill of Rights en 1791 (1.122).

Pues bien, el desarrollo de las competencias federales, sobre todo en su arranque irreversible de la era Marshall, se basaron en un enfoque típicamente estructural. McCulloch v. Maryland (1.123) es la sentencia-fundamento de la unidad norteamericana al configurar como gran protagonista a la Unión. Formalmente, el otorgamiento de poderes implícitos a la federación se amparó in extremis en la necessary and proper clause (1.124) - por la que se otorgaba al Congreso los poderes necesarios y adecuados para el ejercicio de sus competencias y, en concreto, de la creación del Banco Federal (1.125). Sin embargo, hay que reconocer con C. Black que el argumento sólo aparece al final y más bien como respuesta a uno de los abogados que pedía su interpretación restrictiva (1.126). El fundamento del fallo es realmente la - estructuración de poderes llevada a cabo por la Constitución y, en concreto, la de la formación por los constituyentes de un auténtico Estado Nacional.

Este enfoque sigue vigente en muchos casos actuales de interpretación de la cláusula de comercio, sea - en su versión de dormant clause (1.127) o en la de cobertura de la acción federal.

En el primer sentido, pueden señalarse como ejemplo todas las sentencias que intentan definir el concepto de mercado común interestatal (1.128) y en el segundo el ya célebre National League of Cities v. Usery --- (1.129), único caso, desde 1937, en que, amparándose en la enmienda número 10, el T.S. ha invalidado una ley federal que se amparaba expresamente en la cláusula de comercio. National League of Cities apreció la inconstitucionalidad de una enmienda de 1974 a la Fair Labor Standards Act de 1938 que había extendido el ámbito de aplicación de la ley a los sueldos y jornadas de los -- funcionarios de los Estados y de sus subdivisiones polí

ticas.

El fundamento clave del fallo se encuentra en el si guiente párrafo:

"Nuestro examen del efecto de (las enmiendas de --- 1974) nos ha convencido de que tanto la regulación de -- los sueldos mínimos como la de las jornadas máximas interferirán ilegítimamente el ejercicio de las funciones integralmente públicas o de gobierno de estos entes ... Alterarán o dislocarán especialmente la potestad de los Estados de estructurar las relaciones laborales y/o funcionariales en áreas como las de la prevención de incendios, policía, sanidad y salubridad públicas, parques y regulación del ocio. Precisamente para el ejercicio de -- estas funciones se crean los gobiernos y para prestar es tos servicios han subsistido tradicionalmente los Esta-- dos. Si el Congreso vacía las competencias estatales de organización de su personal en las que descansa el ejer-- cicio de aquellas funciones, quedará muy poco de existen cia separada e independiente de los Estados en cuanto ta les Estados".

Sólo, pues, una concepción estructural de los poderes configurados en la Constitución como la que propugna C. Black explica el contenido concreto de la enmienda nú mero 10 en este caso específico (1.130).

E:3.- La teoría de la delegación.

Uno de los fundamentos más fuertes para la anula--- ción de leyes en la época del New Deal fue la teoría de la delegación. El caso clave fue Panama Refinining Co. v. Ryan (1.131) donde el T.S. anuló la puesta en marcha de la National Industrial Recovery Act de 1933 por excesiva delegación de poder legislativo en el ejecutivo (una es

pecie de reserva de ley que no figuraba en la Constitución) (1.132). Los casos se consideraron como "mala" doctrina (1.133), pero, sin embargo, el T.S. ha vuelto a -- utilizar la doctrina sea para prohibir delegaciones del Congreso en comités del propio Congreso, sea para referirla al campo de las relaciones legislativo-administración o el de los límites en el derecho de extranjería.

(a).- La delegación a comités legislativos.

Watkins v. United States (1.134) forma parte de la primera reacción del Tribunal Warren frente a las condenas del Un-American Activities Committee, punta de lanza de la "caza de brujas (1.135)". Parte del fundamento del fallo, que levantó el Contempt del Congreso por negarse Watkins a dar los nombres de otros compañeros de lucha -- sindical que creía que en ese momento ya no tenían relación alguna con el partido comunista, recogía el principio de que los límites a la libertad de expresión sólo -- son tolerables al Congreso cuando dichos límites "forman parte de los poderes de legiferación" del Congreso. Un -- comité, por tanto, sin funciones legislativas, no podía restringir la libertad de expresión(1135 bis)

(b).- La delegación a la administración.

Hoy en día la delegated legislation es una realidad cuya constitucionalidad queda fuera de toda duda. Sin embargo, a veces se producen disfunciones del principio.

Buckley v. Valeo (1.136) es uno de esos casos curiosos que llama la atención por lo reciente del pronunciamiento.

El caso presentaba distintas cuestiones, siendo su jurisprudencia más importante la relativa a la libertad

de expresión ya que la Federal Election Campaign Act obligaba a descubrir los fondos recibidos en las campañas -- electorales (1.137).

Pero otra de las cuestiones planteadas era la de la validez de los procedimientos de designación de los miembros de la Federal Election Commission, agencia establecida por la citada ley para gestionar su aplicación. Aunque su anulación se basó en la appointment clause,^(1.137b5) al -- considerar que los funcionarios no eran "inferiores" y, por tanto, debían intervenir el Presidente (y no sólo -- las Cámaras) en su nombramiento, este argumento se entremezclaba con la tesis de que "una agencia cuya mayoría -- de personal es nombrado por el Congreso, sólo puede ejercitar aquéllas potestades que el Congreso puede delegar en sus propios comités: poderes de investigación e información". Dado que la Federal Election Commission tenía -- funciones de adjudicación y lagiferantes, no estaban comprendidas esas facultades tan amplias en las posibilidades de delegación parlamentaria.

(c).- La delegación y el derecho de extranjería.

Hampton v. Mow Sun Wong (1.138) es otro caso curioso no sólo por lo reciente, sino también por la línea jurisprudencial que inauguró ya que, hasta entonces el tema de las discriminaciones por razón de extranjería había sido resuelto por la doctrina de la preemption: allí donde la federación (por medio del Congreso) había fijado las condiciones de entrada y de residencia en los Estados Unidos, los Estados no podían aumentar las discriminaciones; pero el poder de la Unión (y por tanto del Congreso) era prácticamente intocable (de ahí que el -- alienage como clase sospechosa sólo lo fuera, y a medias, respecto de la legislación discriminadora estatal y no -- respecto de la federal).

Sin embargo, Mow Sun Wong inauguró, en palabras de los disidentes (1.139), "una nueva concepción ... (derivada) de una doctrina de la delegación de postestades legislativas que (es) contraria" a los precedentes.

Efectivamente, el voto mayoritario de J. Stevens - anuló un reglamento de la Civil Service Commission que impedía a los extranjeros entrar a formar parte del --- prestigioso funcionariado federal (federal civil service). Su fundamento reside en que esta decisión correspondería haberla hecho al Presidente o al Congreso y no a una agencia federal, aunque ésta tuviera una delegación general en materia de funcionarios. En una palabra, sólo órganos constitucionales federales superiores pueden limitar la extranjería (1.140).

(d).- Delegación y pena de muerte.

Otra variante de la teoría de la delegación es la que ha servido para que el T.S. entrara finalmente de lleno (1.141) en la fiscalización de la pena de muerte.

Efectivamente, el primer paso se amparó en la discrecionalidad excesiva que los códigos penales otorgaban a los jurados. La opinión de J. White en Furman v. Georgia (1.142), el primer caso, incide precisamente - en este punto: no es inconstitucional per se la pena de muerte pese a la prohibición de castigos inusuales y -- crueles de la enmienda número 8; lo que es inconstitucional es la discrecionalidad que el legislativo delega en los jueces y jurados para imponerla.

(e).- Pequeña nota acerca de la teoría de la delegación.

Pese a la afirmación de Bickel en 1962 de que "de-

cir que la doctrina de la delegación está vinculada al principio de separación de poderes es invocar un símbolo (1.143)", no cabe duda de que la citada doctrina obedece básicamente a una estructuración de los poderes públicos (sea en las relaciones federales, sea entre los mismos órganos federales) que no tiene una base textual clara, ya que ni el principio ni sus distintas aplicaciones se derivan de cláusulas concretas. Este es precisamente el método de "inferencia" de la estructura de gobierno que se dibuja en el conjunto del texto constitucional de que hablara C. Black.

E:4.- La void-for-vagueness doctrine (1.144).

Ya vimos como una de las doctrinas más profundamente arraigadas en el pensamiento jurídico público norteamericano es la de que las leyes "vagas" son inconstitucionales. Pues bien, parte del fundamento de esa doctrina reside en que los poderes (normalmente sancionadores) que otorga determinada norma gozan de una discrecionalidad excesiva por la ambigüedad del texto que tipifica - las conductas sobre las que va a recaer el ejercicio de aquellos poderes.

El campo de aplicación por excelencia de la doctrina es el de la primera enmienda ya que es en el área de la libertad de expresión-asociación-reunión-libertad religiosa donde más se ha limitado el "chilling effect -- (1.145)" que la ambigüedad puede producir.

El mejor ejemplo son las leyes y ordenanzas reguladoras de los juramentos genéricos de fidelidad de los - empleados públicos. Baggett v. Bullitt (1.146) constituyó el caso típico donde el T.S. anuló dos fórmulas estatales de fidelidad que obligaban a los funcionarios a - jurar que no eran miembros de "organizaciones subversi-

vas", porque su "lenguaje es indudablemente vago e incierto (1.147)".

Ni qué decir tiene que la doctrina de la vagueness posee un fundamento parecido al de la delegación, ya -- que se basa en la excesiva discrecionalidad en su aplicación que permite la ley, discrecionalidad que debe de limitarse más claramente por los órganos tipificadores de la sanción y no por quién está llamado a imponerla, independientemente del fundamento basado en el principio de seguridad jurídica que, por sí mismo, especifica el principio de legalidad penal.

En general la doctrina de la void-for-vagueness se ha mantenido incólume aunque la no promulgación de leyes parecidas, debido en parte a la jurisprudencia del T.S., hace que estos casos aparezcan cada vez menos --- (1.148).

E:5.- La constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto o disposición según el poder público que lo dicte o promulgue.

A finales de la década de los 70, con motivo del enjuiciamiento de las clasificaciones raciales "benignas", se ha producido una línea jurisprudencial todavía no muy claramente delimitada que aprecia la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las líneas raciales dibujadas con la finalidad de proteger a las minorías. Bakke (1.149) es tan sólo el caso más conocido por ser el primero que se enfrentó con el tema, tema que venía siendo objeto de debate doctrinal y popular en norteamérica desde que el T.S. decidiera en Brown I (1.150) acabar con la segregación racial.

La literatura jurídica acerca de lo que se ha veni

do a denominar "affirmative action" es tan ingente que tan solo intentar recogerla llevaría por sí sola un libro.

Sin embargo, aquí sólo nos interesa una vertiente de la doctrina enjuiciada en la tetralogía Bakke-United Jewish Organization³/Weber-Fullilove (1.151).

De hecho, el problema abstracto es muy simple en su planteamiento, aunque muy difícil en su solución --- (1.152). La ausencia del equivalente a nuestro artículo 9, y por tanto, de la posibilidad de persecución de la igualdad real, hace de toda discriminación racial, incluida la discriminación "benigna" (1.153) de la mayoría para favorecer a las minorías, algo sospechoso. -- ¿Atenta entonces contra la cláusula de igualdad la discriminación consciente de las mayorías para proteger a las minorías?.

La respuesta, que es mucho más compleja, ha dado lugar al gran debate de los años 60-70 y presumiblemente 80.

De hecho, el T.S. no ha resuelto en absoluto todavía el tema claramente.

United Jewish Organizations v. Carey (1.154) fue el primer caso, decidido en 1977, donde el T.S. se pronunció a favor de estas discriminaciones (1.155). No se trata propiamente de un caso constitucional sino de uno de interpretación de la Voting Rights Act de 1965. La redistribución del distrito de Brooklin en New York tuvo en cuenta factores raciales, pero con la intención clara de no diluir el voto negro. Sin embargo, el nuevo plan dividía en dos a una comunidad de judíos hasídicos que impugnaron el plan por no ser racialmente neutral.

Ello dio pie a que una mayoría de cinco miembros del T. S. (1.156) admitiera la validez de los actos públicos - con motivación racial benigna.

El precedente hacía ya vislumbrar mayores problemas, problemas que, efectivamente, afloraron en Bakke. En este caso, el T.S., en una decisión 4-1-4, anuló un esquema universitario de reserva de cuotas a las minorías en perjuicio de los candidatos a alumnos de raza blanca (1.157).

Los cuatro votos disidentes (1.158) entendieron -- que el tema era de interpretación legal de forma que el Título VI de la Civil Rights Act de 1964 no otorgaba legitimación a Bakke para recurrir (1.159), y, como los problemas legales deben resolverse antes que los constitucionales (1.160), decidieron no entrar en el tema más allá.

Los cuatro votos a favor de la constitucionalidad (1.161) apreciaron la validez del programa de la Facultad de Medicina de la Universidad de California en ---- Davis.

Para decidir por tanto el tema estuvo J. Powell, - quien apreció la constitucionalidad de las actuaciones de los poderes públicos cuando la raza es uno de los motivos, siempre que éstas obedecieran a criterios "benignos", pero no admitió la constitucionalidad de las cuotas o porcentajes de admisión como solución (1.162).

United Steelworkers v. Weber (1.163) tampoco es un caso propiamente constitucional, ya que se limitó a la interpretación del Título VII (discriminación en el empleo) de la Civil Rights Act. El T.S. sostuvo la validez de un convenio colectivo que reservaba a los traba-

jadores negros el 50% de los puestos en un programa de formación en una nueva planta industrial. El tema no podía ser constitucional porque no había actuación de poderes públicos (state Action), pero sí lo era indirectamente (como en United Jewish Organizations) por cuanto, si se trataba de ver si era posible establecer programas de empleo teniendo en cuenta factores raciales conforme a la citada ley, implícitamente estaba en juicio que el Congreso pudiera legislar de esta forma.

En todo caso, el choque frontal con leyes federales vendría al año siguiente (1.164).

Fullilove v. Klutznick (1.165) enjuició la constitucionalidad de una ley del Congreso federal por la -- que se reservaba a empresas de minorías raciales ---- (1.166) un volumen mínimo del 10% de la contratación pública del programa que se aprobaba en la ley.

También con votos divididos (1.167) se afirmó la validez constitucional de la ley debido a que ésta había sido promulgada precisamente por el Congreso actuando sus remedial powers (1.168).

Actualmente, por tanto, la validez de estos programas depende de la autoridad o poder público que los establezca: si se trata del Congreso, son constitucionales y si son otros entes públicos (singularmente -- los no representativos, como en el caso de las Universidades) no lo son. Sólo queda quizás la duda de qué ocurriría si la discriminación "benigna" fuera establecida por órganos representativos inferiores (school boards, municipalidades, ... ó los mismos Estados).

Por tanto, depende del órgano concreto, y no de la regulación material, la definitiva constitucional-

dad o inconstitucionalidad de los programas concretos de affirmative action, lo que asimila el resultado a la vieja teoría de la delegación.

E:6.- La llamada State Action.

Finalmente, existe un campo de interpretación jurisprudencial que nunca ha sido satisfactoriamente explicado: la state action.

El tema se plantea porque tan solo algunas cláusulas de la Constitución obligan no sólo a los poderes públicos sino directamente a los ciudadanos sean éstos personas físicas o jurídicas (1.169).

Sin embargo, el T.S., en casos muy excepcionales (1.170), ha permitido que otras cláusulas constitucionales les alcancen, con independencia de la voluntad expresa del Congreso a través de una ley de desarrollo amparada bien en la cláusula de comercio, bien en la Sección 5 de la enmienda 14 (1.171).

Los principios fijados en esos casos, especialmente en Shelley v. Kraemer (1.172), de interpretarse en un sentido extensivo o siquiera literal (o incluso restrictivo) habrían llevado a admitir la revisión de prácticamente todo acto privado, por lo que su doctrina, no sólo derogada sino declarada vigente de vez en cuando, ha producido una ingente literatura que intenta explicar el principio en que se basa aunque sin mucho acierto (1.173).

Sin embargo, con el método estructural de C. Black, su explicación aparece bastante clara. Si el tema se enfoca desde un método semejante tendría fácil explicación desde el punto de vista de la estructura -

federal de poder: la desegregación es un principio federal y, por tanto, los Estados (ni aun siquiera por medio de sus tribunales) no pueden interferirse con este principio de carácter nacional (1.174).

Pese a todo, aunque el método estructural podría haber facilitado enormemente algunos resultados en el área de la state action, de hecho no ha sido así.

Efectivamente, tomemos por ejemplo Reitman v. Mulkey (1.175), donde se examinaba la constitucionalidad de la célebre Proposition 14 de la Constitución de California que introdujo a nivel constitucional la libertad de contratación inmobiliaria (derogando así por norma de rango constitucional las Rumford Fair Housing y Unruh Civil Rights Acts que prohibían la discriminación de minorías raciales en los negocios jurídicos inmobiliarios).

El T.S., en último término, decidió que la acción de los constituyentes californianos (ratificada por cuatro millones y medio de electores) animaba (encouraged) la discriminación racial, viendo en este acto de animar el suficiente involucramiento de un poder público para hubiera state action.

El argumento podía haber sido típicamente estructural, carácter que tenía la argumentación del Attorney General de los Estados Unidos, quienes intervinieron en el caso como amicus curiae: "la constitucionalización (en el texto fundamental de California) del 'derecho a discriminar' supone que el Estado ha aislado (el derecho a no ser discriminado) de los procesos políticos ordinarios", de forma que los que pretendan en el futuro una ley antidiscriminatoria quedarían como perme minoría. La sentencia, si fuera típicamente es--

tructural, vendría a localizar estos poderes en el rango de la ley ordinaria, de forma que no se aislara a - las minorías eternamente (1.176). O, si se prefiere, - los poderes estatales, aunque sean los de los constitu^uyentes, no pueden interferirse nunca con un principio típicamente federal: el principio de la integración racial.

"Sea como fuere", dicen Karst y Horowitz, "la sentencia del T.S. en Reitman dejó claro que el fallo fue decidido por la fundamentación del T.S. en la acción - de los poderes públicos (state involvement) en pro de la discriminación racial y no en base a una supuesta - limitación estructural de la capacidad de los negros - para influenciar el proceso político (1.177)".

En último término, sería la teoría de los valores fundamentales (y no la estructuralista) la que mejor - explicaría el por qué en este caso el T.S. decidió no dar valor a la constitucionalización del derecho a discriminar, que hubiera supuesto elevarlo al mismo rango que la libertad de expresión o el derecho a la intimidad, de ahí que haya que referir a aquélla y no a ésta el auténtico método interpretativo seguido por el T.S. en este extraño caso.

De hecho, todo el conjunto de la doctrina de la - state action puede explicarse más coherentemente desde el punto de vista de la teoría de los valores fundamen^utales: así lo han entendido tanto Tribe (1.178) como - Karst y Horowitz (1.179).

E:7.- El método, sin embargo, es totalmente excepcio--
nal.

En tôdo caso, la jurisprudencia que puede citarse

como ejemplo de aplicación del método estructural es -- totalmente excepcional. De hecho, los argumentos de tipo estructural fueron más típicos del siglo XIX que -- del XX, donde la teoría de los valores sustantivos parece haberse impuesto definitivamente.

Ello no obsta para que modernamente haya vuelto a defenderse como uno de los métodos de interpretación -- constitucional más idóneos. Pero ello ya pertenece más al mundo de la doctrina que al de la jurisprudencia -- del T.S. (1.180).

E:8.- El estructuralismo como método de interpretación constitucional recientemente realzado por la doctrina norteamericana.

(a).- Introducción.

Al final de la era Warren comenzaba a vislumbrarse una cierta vuelta atrás en la jurisprudencia constitucional ante la mera posibilidad (que luego se convirtió en real) de que el Presidente Nixon pudiera nombrar hasta cuatro miembros del T.S.

Por otra parte, no sólo se temían los resultados de la nueva jurisprudencia, sino que el método jurídico de interpretación constitucional había sufrido uno de los embates más fuertes que ha registrado la historia del T.S. norteamericano.

Bickel y Kurland, junto con Wechsler (1.181), parecían ofrecer una fuente de crítica que nadie podía romper.

En este ambiente es cuando sale a la luz la obra de G. Black, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL

LAW (1.182) como intento tanto de salvar los resultados progresistas del Tribunal Warren, como de ofrecer un método idóneo para lograrlos sin que se volviera a producir el eterno retorno a la discusión de la legitimidad del judicial review.

El hecho de que este último tema volviera a replantearse con la resurrección del substantive due process (1.183), llevando a la afirmación de los valores sustantivos aún sin conexión textual con la Constitución --- (1.184), dota quizás todavía más de importancia a este intento moderado de búsqueda de resultados más acordes con los valores del siglo XX pero sin olvidar que el método es la única justificación, a la vez que límite, de la labor de los tribunales constitucionales.

C. Black no fue, sin embargo, el único 'estructuralista'; a finales de los años 70, Tribe, uno de los defensores a ultranza de la teoría de los valores sustantivos, propondrá a su vez la revitalización del estructuralismo como método, aunque con un alcance ciertamente distinto (1.185).

(b).- La obra de C. Black.

La tesis básica de C. Black es que "las inferencias de la estructura y relaciones de la Constitución" han sido uno de los métodos de interpretación constitucional básico en el siglo XIX aunque olvidado en el XX.

Ahora bien, fuera de esta especie de fórmula, muy poco puede sacarse de carácter descriptivo acerca del método. La ambigüedad es quizá una de las notas características del estructuralismo como método de interpretación y, en concreto, como método de interpretación propuesto por C. Black. La mejor prueba de ello está en la

diferencia de opiniones que acerca del método de Black se han vertido.

Algunos constitucionalistas lo consideran como -- una mera variante del interpretativismo (1.186) u originalismo (1.187) y puede que realmente sea así. Pero su desarrollo potencial es enorme especialmente cuando se analizan los resultados a que puede llegar el T.S. si lo utiliza. Tribe se ha dado cuenta de ello cuando afirma que el modelo de C. Black se mueve "bastante -- más allá de la exégesis textual como modelo de argumentación constitucional (1.188)".

Ahora bien, ni unos ni otros tienen realmente razón: el método puede ser considerado a la vez innova--dor en el sentido de Tribe y conservador en el sentido de Grey, Perry y Brest.

b:1.- La apariencia conservadora.

La apariencia conservadora del método de C. Black se produce porque, a primera vista, como ha confesado Blasi, lo único que C. Black propone es la sustitución de unos preceptos constitucionales por otros a la hora de alcanzar determinados re--sultados (1.189). En concreto, C. Black "infiere" las siguientes "estructuras y relaciones": (A) La mera existencia de un gobierno federal con supremacía sobre los gobiernos estatales; (B) La importancia del electorado (y del voto) como árbitro -- supremo; (C) La existencia de unos tribunales federales como órganos de defensa directa de los derechos constitucionales; (D) La estructura económica nacional; (E) El principio de unidad nacio--nal, y, por tanto, de libre circulación; (F) El -- concepto de ciudadanía y (G) El estatus de extranjer

jero (1.190).

Todas ellas se derivarían del texto constitucional: la primera del artículo VI, Sección 2 ---- (1.191); la segunda del artículo I, Sección 2 ---- (1.192), artículo IV, Sección 4 (1.193), enmienda 14 Sección 2 (1.194) y enmiendas 15, 17, 19 y 24 -- (1.195); la tercera del artículo I, Sección 8 y del artículo III (1.196); la cuarta del artículo I, Secciones 8 y 10 (1.197); la quinta del artículo IV, Sección 2, artículo VI, Sección 2 y enmienda 14 --- (1.198); la sexta del artículo IV, Sección 2 y la enmienda 14 (1.199) y la séptima del artículo I, Sección 8 (cláusula 4) y artículo IV, Sección 2 --- (1.200).

En resumidas cuentas C. Black sólo propondría el utilizar estas cláusulas en vez de recurrir a -- las de sempiterno uso (especialmente las de due process, igualdad o libertad de expresión) cuya utilización exagerada lleva a razonamientos distorsionados en un afán de enlazar los resultados con el texto constitucional de invocación clásica.

Sin embargo, no sólo se trata de eso, como veremos.

b:2.- La apariencia activista.

La apariencia activista proviene de la confesión de C. Black de su convencimiento de que, aunque no existieran las cláusulas clásicas de due process, igualdad o la primera enmienda, la jurisprudencia actual sería exactamente igual si se comparasen los resultados obtenidos en la interpretación de aquéllas con los resultados que se obtendrían --

con la interpretación de las nuevas estructuras y relaciones que él propone. Por ello, el método propuesto por C. Black sólo tiene en realidad un leit motiv: justificar esos resultados que estima óptimos a través de una revitalización de otros preceptos. Ahora bien, dado que se trata de "inferir" del texto esas estructuras y relaciones, surge enseguida el peligro de subjetivismo.

El mismo confiesa que, en último término, la adjudicación estructural podría convertirse en un método generador de "practical rightness" constitucional (1.201), es decir, de oportunidad y justicia extratextuales aunque se cuida mucho de señalar, -- por ello el carácter de subsidiario y/o complementario que tendría que tener el método estructural.

b:3.- La moderación del método estructuralista.

Pese a ambas apariencias, C. Black es un tremendo conciliador, preocupado de la legitimidad necesaria de toda sentencia innovadora. Por ello, se hace necesario entender esta moderación.

Siguiendo al mejor crítico de C. Black (1.202), debe, por ello, distinguirse lo que el método supondría a nivel de resultados y lo que vendría a suponer en cuanto innovación metodológica en sí misma.

(a').- La potencialidad del estructuralismo a nivel de resultados.

C. Black se "autoconfiesa orgullosamente como un 'activista' judicial (1.203)", de ahí que plantee el método para ampliar las perspectivas de los poderes llamados a aplicar la Constitución. "Dado -

que el método estructural reconoce un conjunto más amplio y comprensivo de preceptos constitucionales, puede facilitar la respuesta judicial a las quejas de los ciudadanos por daños particularizados y recortes sistemáticos de libertades (1.204)". Y ello porque, "las injusticias complejas en la sociedad actual no se ajustan con facilidad a los módulos de prohibiciones y potestades concretas, a la vez que las antiguas tradiciones anglo-americanas no pueden ofrecer estándares para las decisiones judiciales - (1.205)".

Esta apertura de perspectiva según C. Black -- proporcionaría una salida del anquilosamiento que produce el referir actuaciones o situaciones inconstitucionales a las mismas resabidas cláusulas, cuyo anquilosamiento, insistimos, al haber llegado al límite de sus posibilidades, se hace inevitable.

Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que se guimos moviéndonos en el mundo cultural angloamericano de forma que estos pretendidos resultados liberales o progresivos no harían sino reforzar las estructuras dibujadas por los constituyentes, al actualizarlas sin producir grandes disfunciones ----- (1.206).

(b').- El problema principal: la aportación -- del método en cuanto tal método.

Frente a la esterilidad sustantiva de los principios neutrales wechslerianos, el método de C. --- Black resulta ventajoso porque no motiva el abandono de las ventajas reales y simbólicas del originalismo.

Efectivamente, C. Black enlaza con la "tradición académica" al ofrecer como ventaja sustancial del método el relanzamiento de la teoría de la justificación, ya que el abandonar la manipulación de las cláusulas clásicas aumentaría la previsibilidad de futuras sentencias así como la claridad de los fundamentos del fallo.

Sin embargo, al contrario que aquéllos, no se limita a formular principios neutros o neutrales - (generalidad, neutralidad, previsibilidad), sino - que refuerza, a la vez, el aspecto sustantivo ---- ("practical rightness") y el de la legitimidad (originalismo) de las sentencias constitucionales.

Efectivamente, si bien el método tiene una -- clara orientación hacia la consecución de determinados resultados, sin embargo, también sugiere, en palabras de Blasi, "que hubo un acto de voluntad -- soberana en la creación de las estructuras y relaciones constitucionales con independencia del originalismo concreto de sus cláusulas específicas -- (1.207)".

Para C. Black, por tanto, si el texto y la intención de los constituyentes no deben jugar en absoluto un gran valor, sí deben, al menos, ser considerados "como un componente necesario de la legitimidad de las decisiones en todo caso (1.208)".

El método de C. Black, por tanto, se encuentra a caballo entre los que defienden a ultranza -- la metodología y los que defienden a toda costa la pura creatividad, sea de derechos sustantivos, sea de derechos adjetivos, defensores de los valores -- que surgirían en la década de los 70, con posterior

ridad a la obra de C. Black, ante el intento de racionalizar el activismo libertario que cobró el judicial review con el Tribunal Burger (1.209).

F.- LA APLICACION DE LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES.

"La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras -- ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo --- otros derechos constitucionales, sino también otros bienes -- constitucionalmente protegidos" (STC de 8 de Abril de 1981).

F:1.- Introducción.

Los norteamericanos emplean el término "balancing" para designar fórmulas de interpretación diversas, todas ellas ligadas a las diversas corrientes de la jurisprudencia de intereses cuya recepción en Norteamérica fue -- obra de los promotores de la sociological jurisprudence, previa al realismo jurídico y, en concreto, de Roscoe -- Pound, el académico por excelencia del Derecho Norteamericano.

Sin embargo, como recientemente ha reconocido Henkin (1.210), se emplea el término balancing, ligado al -- fenómeno de la interpretación constitucional, para describir aspectos totalmente diversos, de ahí que sea necesaria una previa delimitación conceptual.

En primer lugar, puede entenderse por balancing, en un sentido muy amplio, todas aquellas corrientes ligadas al concepto de self-restraint. Desde J. Brandeis y J. -- Frankfurter, por influencia de Thayer (1.211), se entendió que el proceso de interpretación constitucional era un proceso complejo donde la inconstitucionalidad nunca aparecía como evidente, sino que, en parte, era un proce

so con enorme riesgo de subjetivismo. La formulación de las normas derivadas de la Constitución no podía ser, -- por tanto, un hecho absoluto: dependía de la flexibilidad histórica, ya que el contenido de los principios -- constitucionales variaba con las distintas concepciones sociales. Había que medir cuidadosamente, por tanto, -- los intereses reales en juego. Y el juez debía autolimitarse (self-restraint) para eludir la imposición inconsciente de sus propios valores y/o intereses.

En ese sentido, balancing equivale a la jurisprudencia conservadora de los promotores del self-restraint (1.212).

Un segundo sentido es el que liga el balancing a -- la idea de jerarquía de valores, intereses y bienes --- constitucionales, para expresar que es ineludible en to do supuesto de interpretación constitucional. Efectivamente, cualquier método interpretativo lleva necesariamente a un contrapeso de intereses. Incluso el método -- interpretativo más estricto, el gramatical o el histórico (interpretativismo u originalismo), no es sino el re conocimiento de que la Constitución y los constituyentes dieron primacía a unos valores sobre otros. Como decía el más --textualista-- de los magistrados que ha tenido el T.S., J. Black (1.213), "los constituyentes que -- hicieron el Bill of Rights ya hicieron todo el balan--- cing que había que hacer (1.214)".

La constitucionalización de derechos sin base clara en el texto, sea a través del due process (1.215), -- sea declarando intereses fundamentales o clasificaciones sospechosas a través del principio de igualdad ---- (1.216), no es sino un reconocimiento de que determinados valores o intereses antes dejados al campo de la legislación ordinaria han sufrido un aumento de importan-

cia que impone su reconocimiento como valores fundamentales, es decir, constitucionales.

En este segundo sentido, el balancing no es realmente un método interpretativo, sino una consecuencia del método (histórico, sociológico, de Derecho Natural, o, como ya vimos, jurisprudencia de los valores) concreto empleado.

Sin embargo, aún puede hablarse de balancing en una concepción más restringida. Es que en este tercer sentido en el que el auténtico balancing se constituye en sistema de interpretación constitucional sui generis; a él nos referimos en adelante.

F:2.- El balancing como método aplicable a la resolución de casos concretos.

El balancing en sentido estricto sólo se aplica cuando el T.S. formula una regla de interpretación que expresa que para la aplicación de determinado principio hay que tener en cuenta los intereses sociales en juego y contrapesarlos, para dar primacía al de mayor relevancia (sea o no constitucional, aunque los dos normalmente lo son).

El T.S. ha formulado esta regla para la aplicación de preceptos constitucionales ~~como~~ concretos, de ahí que sea necesario partir de su examen para describir cabalmente el fenómeno. En concreto, el balancing es la técnica interpretativa por excelencia en la resolución de los casos planteados al hilo del executive privilege, del procedural due process, de la taking clause, de las reclamaciones federales (sobre todo de la cláusula de comercio), de la operatividad de la nueva equal protection y de la primera enmienda, sobre todo

en lo tocante a la libertad de expresión, donde nació - como método interpretativo.

Antes de entrar en el repaso breve de la jurisprudencia reciente de cada uno de ellos (en los dos primeros el balancing se aplica sólo desde mediados de los años 70), conviene señalar que, en primer lugar, el --- apostol de este balancing en sentido estricto es J. Powell, del cual se dice que incluso tiene "plantillas" - para encabezar sus votos ("La resolución de este caso - plantea la necesidad de contrapesar dos intereses ..."). Y, en segundo lugar, que una modalidad especial de balancing es la interpretación de supuestos en que chocan los principios de dos preceptos constitucionales, aunque no siempre que se produzca este supuesto hay que recurrir a este método, como tendremos ocasión de ver.

(a).- El privilegio del ejecutivo.

Hasta 1974 (1.217) no se había desarrollado en Norteamérica la doctrina del executive privilege. En el célebre caso de las cintas de Watergate, el Presidente Nixon sostuvo, entre otras cosas, que el Presidente de -- los Estados Unidos tenía un privilegio especial, por razones de Estado, para no revelar conversaciones confidenciales con sus colaboradores.

El reconocimiento de este privilegio por el T.S. - fue simplemente inferido del principio de separación de poderes y, en concreto, de la autonomía del ejecutivo - tal y como aparece configurada en la Constitución.

Ahora bien, los límites concretos de este privilegio no quedaban en absoluto claro. Si para su constitucionalización el T.S. utilizó técnicas estructurales -- (1.218), para su operatividad concreta el T.S. dispuso

que habría que contrapesar su importancia con la de los intereses concretos en que se basaran los que pretendieran que no jugara en un caso dado.

En United States v. Nixon (1.219), en concreto, el T.S. contrapesó el interés social representado por la -- no revelación de conversaciones confidenciales (privilegio ejecutivo) con el interés social de la penalización por la justicia de conductas criminales, decidiéndose a favor de éste último.

En el futuro, por tanto, habrá que ver qué otros -- intereses se alegan contra el ejercicio del privilegio.

Pronto tuvo ocasión el T.S. de volver a sopesar es tos intereses; en Nixon v. Administrator of General --- Services (1.220), donde el ex-presidente impugnó la --- constitucionalidad de la Presidential Recordings and --- Materials Act que impedía la destrucción de documentos presidenciales. En este caso, el T.S. dijo que el interés presidencial estaba suficientemente protegido por -- dicha ley ya que regulaba muy minuciosamente el acceso a los archivos, y, por tanto, el interés no se hallaba realmente amenazado lo ^{bastante} ~~suficiente~~ como para prevalecer sobre los intereses de preservación, a efectos de archivo histórico, de documentos públicos que afectan al patrimonio de los Estados Unidos (1.221).

De todas formas, no hay suficiente jurisprudencia como para saber si en el caso de que el Presidente alegara el privilegio por motivos de seguridad nacional -- (documentos militares o diplomáticos) el T.S. emplearía el balancing o, por el contrario, se inclinaría por dar un contenido absoluto al privilegio (1.222).

(b).- El más reciente procedural due process.

Tendremos ocasión de ver posteriormente, al hablar de la constitucionalización de los welfare rights (1.223), como a través del procedural due process, a partir de 1970 (1.224), el T.S. comenzó a expandir los intereses personales y patrimoniales subsumibles en los conceptos de "libertad" y "propiedad" protegidos por la enmienda 14, para exigir determinados requisitos procedimentales (motivación y audiencia) para su privación (1.225).

Pues bien, las tendencias ampliadoras de estos intereses han sufrido un recorte de consideración en la jurisprudencia del T.S. a partir de 1976, con Mathews v. Eldridge (1.226), redactado, el voto mayoritario, precisamente por J. Powell.

En este caso, el T.S. sentenció que no hacía falta la audiencia para dar por terminadas las prestaciones especiales de invalidez, estableciendo que en el futuro la determinación de si se iba a requerir audiencia o no al amparo del due process dependería "de la consideración de tres factores: Primero, el interés privado que va a verse afectado por el acto del poder público; segundo, el riesgo de una privación errónea de ese interés según los procedimientos usados y el valor probable, si es que existe, de otras garantías procedimentales adicionales o supletorias; y, finalmente, el interés público, especialmente el aumento de gasto público y de provisión de medios que supondría el establecer garantías adicionales de carácter procedimental".

Es, pues, el contrapeso de esos intereses lo que en el futuro iba a determinar, según los casos, el que se exigieran o no la audiencia y la motivación, así como la obligación de la Administración de articular mecanismos de prueba.

Y el T.S., efectivamente, ha aplicado este balancing test a toda la jurisprudencia posterior (1.227).

(c).- La cláusula expropiatoria (taking clause).

Una de las cláusulas "incorporadas" a los Estados (1.228) con más celeridad fue la de la necesidad de indemnizar toda expropiación recogida en la enmienda número 5.

Pues bien, al hilo de la aplicación de esta cláusula surgió un problema universal: ¿tiene que indemnizarse exclusivamente cuando se priva de un bien o interés patrimonial o dan también lugar a indemnización -- las "regulaciones" limitadoras del derecho de propiedad?.

La respuesta del Derecho Norteamericano fue siempre positiva: la regulación limitadora del ejercicio -- de los intereses patrimoniales puede dar lugar a indemnización. El problema era el de cuándo una limitación es tan importante como para dar lugar a ella.

J. Holmes fijó la regla general en Pennsylvania - Coal Co. v. Mahon (1.229): "si bien puede limitarse la propiedad, si esa limitación va demasiado lejos, se -- tratará de una expropiación".

Pues bien, ésta sigue siendo la doctrina clásica en materia de indemnizaciones, sin que el T.S. haya podido establecer otros criterios generales más específicos (1.230).

El caso reciente más importante nos ilustrará perfectamente: Penn Central Transportation Co. v. New York City (1.231).

Al amparo de una ley de protección de lugares históricos de New York, se prohibió al dueño de la Grand Central Terminal de la ciudad de New York realizar obra alguna sin la autorización de una comisión. La empresa propietaria pretendió hacer un rascacielos encima de la terminal a lo que se negó la comisión, formulándose entonces demanda de indemnización al amparo de la taking clause.

La sentencia mayoritaria, de J. Brennan, admitió - que la jurisprudencia del T.S. "había sido incapaz de - desarrollar una fórmula para determinar cuándo 'la justicia y la equidad' requieren que sean compensados los daños patrimoniales causados por los poderes públicos". A juicio de J. Brennan la solución de estos casos dependía de "varios factores" que tenían "especial relevancia" (1.232), entre los cuales destacaban el de la vinculación entre la limitación y la promoción del bienestar general y el de la transferibilidad de volúmenes edificables a otras parcelas colindantes.

En último término, pues, se trata de un puro balancing entre el interés público que la limitación pretende proteger y el interés privado en el ejercicio del derecho de propiedad, dependiendo del costo real impuesto a éste último. De la apreciación de este costo real, el "demasiada limitación" de J. Holmes (1.233), depende el que se contrapesa o no con el interés público que la limitación protege; a la vez que depende del tipo de interés público en sí mismo que se pretende proteger mediante la limitación del derecho de propiedad. Para la mayoría el costo real era mínimo, mientras que para J. Rehnquist (1.234), la no edificabilidad repercutía sólo en un interés individual económicamente evaluable no dependiendo de que el propietario pudiera o no traficar con el volumen de edificabilidad, a la vez que la limitación no constituía un típico interés público ya que -

no se debía a razones de seguridad, salubridad o bienestar general del resto de los ciudadanos.

(d).- La cláusula de comercio "negativa".

Uno de los campos donde más extensión ha tenido - el contrapeso de intereses como técnica de interpretación constitucional ha sido indudablemente el de la dormant commerce clause.

Efectivamente, la cláusula de comercio no sólo ha dado pie a la jurisprudencia habilitante o no de la legislación federal que se ampara, expresa o implícitamente, en la misma, sino que, desde Gibbons v. Ogden - (1.235), el T.S. enjuicia directamente las leyes estatales cuando se alega por los particulares que perjudican al comercio interestatal.

Pues bien, es en la jurisprudencia de este aspecto de la cláusula de comercio, también llamado el carácter "negativo" de la cláusula de comercio (1.236), donde el balancing se instituyó como el método de interpretación constitucional por excelencia, aunque ni en su origen fue así, ni cabe decir que sea el único método interpretativo utilizado hoy en día en la aplicación de la dormant commerce clause.

Quizás tres ejemplos relativamente recientes nos puedan ilustrar mejor cómo se produce el equilibrio entre el interés federal y los intereses estatales en el campo de la regulación general de la economía.

El primero de ellos proviene del área del control estatal de sus recursos naturales.

Pike v. Bruce Church Inc. (1.237) se había plan---

teado ante la exigencia de Arizona de que sus melones se empaquetaran en el propio Estado; exigencia que forzaba a una empresa a empaquetarlos en Arizona, en vez de hacerlo en su planta de empaquetado de California. Para el T.S. el fin de proteger la denominación de origen de los melones de Arizona era un interés perfectamente legítimo, pero no lo suficiente como para justificar la carga impuesta al comercio interestatal.

El segundo de los casos se refiere a la regulación de los transportes mecánicos por carretera. El Estado de Wisconsin prohibía circular en sus autopistas, desde hacía tiempo, a camiones de longitud superior a 55 pies. Sin embargo, modernamente, el uso del trailer había hecho que lo normal en el transporte fueran los camiones con una longitud de al menos de 65 pies. La ley fue impugnada por dos compañías de transportes extraestatales. Pese a la alegación de que la ley se basaba en motivos de seguridad de tráfico (obviamente de competencia estatal), el T.S., en Raymond Motor Transportation Inc. v. Rice (1.238), contrapesó literalmente "la seguridad en el tráfico con el grado de interferencia del comercio interestatal", para alegar que el segundo era de mayor peso, anulando, en consecuencia, la ley de Wisconsin. Esta sentencia se ha visto confirmada en toda su doctrina, tanto sustantiva como interpretativa, en un caso mucho más reciente del curso pasado, Kassel v. Consolidated Freightways Corp. (1.239).

El tercer ejemplo proviene del área del control sanitario sobre los alimentos, competencia también tradicionalmente estatal o local.

En Dean Milk Co. v. Madison (1.240) se impugnó la constitucionalidad de una Ordenanza de la ciudad de Madison según la cual era ilegal vender leche pasteurizada

da que no lo hubiera sido (y embotellada) en un radio de 5 millas a partir del centro de la ciudad.

La finalidad de la Ordenanza era la de favorecer la inspección de las plantas lecheras, inspección que, ~~como~~ efectivamente, se venía realizando, sin previo -- aviso, al menos una vez al mes.

El T.S. reconoció la legitimidad del interés local: "parece que se trata de un área que pueda ser perfectamente regulado en defensa del interés público local en la salubridad, sanidad y bienestar de los vecinos de la comunidad local", pero el interés nacional -- consistente en "evitar la multiplicación de áreas preferenciales de comercio" es superior a aquél.

Los ejemplos podrían multiplicarse.

Sin embargo, sería falso afirmar que el balancing entre los intereses locales-estatales y los nacionales sea el único método interpretativo de aplicación de la dormant commerce clause.

Normalmente el T.S. utiliza en gran número de casos otros criterios más definidores de normas constitucionales: el de si se discrimina o no realmente a los ciudadanos de otros Estados, el de si hay ánimo proteccionista o no y, sobre todo, el de la definición de -- qué deba entenderse por un área nacional de libre comercio.

Hug^hes v. Alexandria Scrap Corp. (1.241) y Reeves Inc. v. Stake (1.242) son ilustrativos al respecto.

En el primero de ellos, una mayoría del T.S. entendió que no podían aplicarse los principios de la li

bertad de mercado en aquéllos casos en que un Estado entraba en el mercado como comprador. Se trataba de una ley de Maryland por la que el Estado se comprometía a pagar determinados beneficios a aquéllos que reprocesaran automóviles abandonados (finalidad de la ley) para reconvertirlos en acero; ley que fue impugnada por entenderse que creaba un mercado protegido para los industriales de actividades reconversoras.

En el segundo, el T.S. dijo que no se podía aplicar la teoría del mercado libre a las actuaciones de empresas públicas en situaciones de emergencia, salvando así la constitucionalidad de una ley de Dakota del Sur que establecía que en casos de restricciones de oferta las plantas públicas estatales de cemento venderían su producto en primer lugar a los residentes en ese Estado.

Así pues, a su vez, los ejemplos de normas "definidoras" o "absolutistas" en la aplicación de la cláusula de comercio (en vez de la resolución por el contrapeso de intereses estatal con el nacional) también están a la orden del día.

(e).- La nueva equal protection.

Como ya hemos tenido ocasión de explicar (1.243), toda la técnica de la nueva cláusula de igualdad se basa en parte en el balancing.

En síntesis, ésta opera de forma que cuando la discriminación afecta a un interés fundamental (voto, viaje, ...) o a una categoría sospechosa (raza, sexo,...) el interés que la ley que discrimina protege debe ser sustancial o extraordinario (substantial en los casos de intermediate scrutiny o compelling en los de strict scrutiny).

Naturalmente ello conlleva el sopesar ese interés del legislador federal o estatal con el interés fundamental afectado (voto, no discriminación por razón de sexo, ... etc.).

Sin embargo, no se trata en absoluto de una aplicación total del balancing como método de interpretación constitucional.

En primer lugar, la elevación de un colectivo a la categoría de sospechoso o de un interés a la de fundamental, que es la novedad constitucional básica, utiliza métodos interpretativos que nada tienen que ver con el balancing, sino más bien con el consensus social más o menos basado en el texto, la tradición o la historia norteamericana (o el puro Derecho Natural para quién no crea en aquéllos).

Y, en segundo lugar, no se ha dado un solo caso en el que se haya admitido que exista un interés sustancial o extraordinario superior a ellos, con la excepción, si acaso, del interés consistente en la defensa nacional tanto en el caso de la discriminación por razón de sexo con motivo del reclutamiento (1.244) como en el del internamiento de "orientales" residentes de la costa occidental durante la segunda guerra mundial (1.245).

En la práctica, pues, no hay balancing sino supremacía absoluta del derecho o interés constitucionalizado a través de la elevación de la discriminación a la categoría de sospechosa o del interés a la categoría de fundamental.

Quizás la excepción más fuerte, aparte de la defensa militar, provenga del campo en el que el derecho

constitucionalizado lo ha sido a través del substantive due process y no a través del principio de igualdad, pese a la exacta similitud de las técnicas constitucionalizadoras de estos intereses (1.246), pues el interés del Estado o el gobierno federal en la protección de la vida potencial ha sobrevivido tanto al derecho al aborto como al de la discriminación por razón de sexo en la línea jurisprudencial que culminó en Harris v. Mc. Rae (1.247) y, el curso pasado, en H. L. v. Matheson (1.248).

Que duda cabe de que, entonces, sí existe auténtico balancing constitucional pese a que el T.S. haya recubierto el contrapeso recurriendo formalmente a la aplicación del test de la racionalidad (1.249).

(f).- La libertad de expresión.

Cuando se entra en este área es cuando el tema cobra un interés inusitado ya que fue precisamente en la interpretación de la primera enmienda donde el balancing como método de interpretación constitucional se afirmó como indiscutible en pugna directa con los métodos interpretativos más tradicionales tendentes a definir categorías de supuestos subsumibles en el precepto constitucional ("absolutismo"). Efectivamente, el lanzamiento a partir de 1937 de la libertad de expresión como derecho fundamental a proteger a toda costa, no sólo dio lugar a la teoría de las preferred freedoms (1.250), que consagraría la famosa nota a pie de página de Carolene Products (1.251), tesis hoy de nuevo sacada a la arena de la discusión pública por Ely (1.252), sino que sumiría al T.S. (1.253) y a la doctrina (1.254) en una de las discusiones más apasionantes del Derecho Constitucional norteamericano de la era pre-Warren.

Limitándonos a la jurisprudencia, podemos repasar cómo se aplica o no el balancing a la libertad de expresión tomando dos líneas jurisprudenciales distintas, -- una más tradicional y otra más reciente. La primera de ellas es importante porque recoge en su punto más álgido la polémica entre J. Black y J. Harlan, mostrándonos en toda su extensión el debate originario y la segunda se mueve en el ámbito de la problemática planteada por nuevas formas sociales de expresión, típicas de los 70.

Konisberg v. State Bar of California (1.255) enjuiciaba la constitucionalidad de una denegación de admisión al ejercicio de la abogacía (a la Bar) por negarse el candidato a contestar las preguntas relativas a la pertenencia al partido comunista. La sentencia mayoritaria, redactada por J. Harlan, admitió su validez al reconocer la ineludible aplicación en este campo del balancing de intereses: "Siempre que, en este contexto, se afirman derechos constitucionales frente a una actuación legítima de los poderes públicos, debe efectuarse una reconciliación que consiste en contrapesar adecuadamente los intereses implicados".

J. Black, en uno de sus votos particulares más famosos, volvió a reafirmar que la primera enmienda debía interpretarse literalmente, prohibiendo, por tanto, todo atentado contra la expresión (no la conducta). "No creo que este Tribunal pueda pretender seriamente llevar la lógica del balancing a sus últimas consecuencias. Ello implicaría que los norteamericanos no tendrían el derecho perfecto a exponer sus opiniones a sus vecinos, ni sus vecinos derecho a oírlos, sino que sólo existiría un derecho condicionado".

Konisberg debe ser reconducido a la línea de casos que llegaron al T.S. con motivo de la "caza de brujas".

En este terreno, donde el balancing entre la seguridad nacional y el derecho de los particulares acabó produciendo la prevalencia del primero, el Tribunal Warren asombró primero por su audacia y luego por su retirada, ya que el célebre slogan "impeach Warren" se debe a estas sentencias y no a las posteriores en materia de redistribución de distritos electorales o de liberalización de los procesos de enjuiciamiento criminal. Recoger los diversos casos no tendría más interés que el meramente descriptivo (1.256 y 1.257).

La segunda línea de casos, la del symbolic speech, sigue sin fijarse conforme a principios claros. Antes del Tribunal Warren existían precedentes lejanos acerca del uso de la bandera (1.258), pero, en sus últimos años, dicho Tribunal tuvo que coger el toro por los cuernos. La trilogía O'Brien-Tinker-Street (1.259) supuso el intento de aclarar definitivamente el tema.

En O'Brien el T.S., en sentencia de C. J. Warren, admitió la constitucionalidad de una condena impuesta a un individuo que había quemado en público su certificado de reclutamiento como protesta contra la guerra del Vietnam. El Presidente del T.S. resumió así la jurisprudencia anterior: "Este Tribunal ha sostenido que, cuando en una conducta hay a la vez elementos de "expresión" y de "no expresión", puede limitarse la primera enmienda siempre que exista un interés público importante que justifique la regulación de los elementos que no constituyen expresión. Para caracterizar qué tipo de interés debe ser éste, el T.S. ha empleado distintos epítetos: compelling, sustancial, fuerte, necesario, ... etc. A nuestro entender, queda claro que la limitación del derecho por los poderes públicos está suficientemente justificada ... siempre que se tienda a la consecución de un interés público importante o sustancial; siempre que

este interés no esté relacionado directamente con la supresión de la libertad de expresión y siempre que la restricción incidental de la primera enmienda que se produzca no sea más que la mínima para la protección del interés público alegado".

En Tinker, por el contrario, declaró inconstitucionales las suspensiones de alumnos en una High School por negarse éstos a quitarse unos brazaletes negros -- que, al igual que en el caso anterior, ostentaban como protesta contra la guerra del Vietnam. La opinión mayoritaria, en este caso redactada por J. For~~gas~~^{tas}, apreció que el interés constitucional era superior al que intentaban proteger las normas de la escuela (la disciplina).

Finalmente, en Street, el T.S. levantó la condena impuesta a un negro que al oír por la radio el asesinato de James Meredith salió a la calle y quemó una bandera a la vez que contestaba al policía que se acercó a detenerle: "esta es mi bandera; la he quemado. Si -- (los defectuosos servicios de protección) han dejado -- que ocurra esto a Meredith, es que no necesitamos para nada una bandera norteamericana". La sentencia mayoritaria, redactada por J. Harlan (1.260), se acogió a -- que se le había condenado por las palabras (rehusando enjuiciar el espinoso tema de los actos contra la bandera, lo que motivó los cuatro votos particulares), para entender que ninguno de los intereses que presumiblemente podía proteger la ley (1.261) era superior al de la libertad de expresión.

Para parte de la doctrina esta jurisprudencia casuística y, en cierto modo, contradictoria, mostraba la debilidad del balancing que llegaba a producir el absurdo resultado de que los jueces más conservadores

(J. Harlan) emitían sentencias más liberales que los propios jueces más liberales (C. J. Warren, J. Black, J. Fortas, ...), indicando que el voto particular de éstos últimos en Street mostraba un auténtico hastío contra la manipulación de intereses que estaba implicando la utilización del balancing (1.262).

Para otros, la diferencia estribaba en que el Tribunal Warren, en sus últimos años, empezaba a utilizar métodos definicionales en la aplicación de la primera enmienda, aunque sin llegar necesariamente al "absolutismo" de J. Black (1.263). Efectivamente, como puso de relieve Ely (1.264), la regla de O'Brien es categórica: la regulación que limite el ejercicio del derecho a la libre expresión tiene que tener una finalidad distinta, no relacionada, con el tema de la libertad de expresión (como lo era el proteger la conservación de las cartas de reclutamiento que servían para varias finalidades que nada tenían que ver con la libertad de expresión en sí misma) (1.265). Los disidentes en Street lo son precisamente porque no se formuló una regla clara, de carácter definicional, acerca de la constitucionalidad de los actos contra la bandera.

Estando así la jurisprudencia, cambian cuatro miembros del T.S., todos ellos nombrados por el Presidente Nixon, teniendo que enfrentarse el nuevo Tribunal Burger definitivamente con el tema de la expresión simbólica. Spence v. Washington (1.266) representa precisamente el compromiso entre dos tipos de interpretación, delimitando sus respectivos campos y relanzando un auténtico balancing que, probablemente, sólo producirá "consecuencias saludables" (1.267) ya que el balancing resulta "totalmente inevitable cuando se trata del enjuiciamiento de la libertad de expresión (1.268)".

En Spence el condenado lo había sido por colgar -

en su balcón una bandera norteamericana al revés y con el símbolo de la paz adosado en el centro (1.269). La mayoría del T.S. (1,270) ~~no~~^{no} apreció la primacía del posible único interés estatal realmente semi-relevante: el interés estatal consistente en la protección a la bandera como símbolo de valores patrióticos. Como ha dicho Ely éste no es realmente un interés monopolizable por el gobierno ya que en una democracia pluralista el Estado debe ser neutral, aparte de que el interés en la protección de manifestaciones patrióticas es un interés de rango inferior al constitucional consistente en la libertad de expresión.

Por tanto, el balancing siempre que se realice correctamente es un método indispensable que debe combinarse con otros métodos definicionales. O'Brien fue definicional o categórico en base a la no relación con la expresión de la limitación de dicha libertad. ---- Street y Spence supusieron balancing, el primero erróneo porque dejó de considerar la auténtica conducta penada, la quema de la bandera, falseando no sólo los hechos sino el auténtico interés estatal que intentaba proteger la legislación y el segundo correcto porque no falseó dicho interés estatal realizando el contrapeso entre los auténticos intereses en juego.

F:3.- El balancing como el único método cuando se enfrentan dos principios constitucionales.

Constituye uno de los dogmas más extendidos en la actual doctrina jurídica norteamericana el considerar que el balancing resulta inevitable cuando entran en conflicto valores reconocidos en preceptos constitucionales distintos o en dos cláusulas del mismo artículo o enmienda constitucionales (1.271).

Los ejemplos pueden multiplicarse, "puede haber tensiones entre las cláusulas de libertad religiosa y de aconfesionalidad del Estado, entre determinadas concepciones de la igualdad y ciertas nociones de la libertad, entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad ... (1.272)" y el balancing es inevitable cuando el --- constituyente no dejó clara su jerarquía.

Por eso la tendencia que se produce es la de reconducir intereses sociales a las distintas cláusulas constitucionales para presentar el enfrentamiento como un enfrentamiento entre dos cláusulas distintas.

El problema reside, pues, en canalizar valores o intereses a principios constitucionales (incluso interpretativos y no normativos) para motivar un contrapeso que venga a favorecer a uno de ellos. Un ejemplo puede verse muy claramente con la reconducción de los welfare rights a la cláusula de igualdad (1.273) y el de la libertad del Congreso para organizar el gasto público al principio de separación de poderes, motivando así un contrapeso entre ambos que, por otra parte, en la actualidad no está decidido (1.274).

Ahora bien, cuando este tipo de balancing entre preceptos o principios constitucionales se produce, es falso que se trate de un balancing en sentido estricto.

Naturalmente que existen valores contrapuestos, pero la aplicación respectiva de uno u otro depende del campo concreto donde el conflicto se produzca y el T.S. nunca dice que simplemente prima uno sobre otro (típico de la jurisprudencia estricta de intereses, pues en eso consiste su noción: en ser el fundamento estricto del fallo), sino que, por el contrario, el T.S. emplea otros métodos para jerarquizarlos (histórico, gramati---

cal, realidad social, ... etc.).

No hay un solo caso en el que el T.S. haya apreciado que existe un conflicto entre dos valores constitu--cionales y haya basado la sentencia sólo en la declara--ción de que un interés es más importante que el otro pa--ra pasar a fundamentar la sentencia exclusivamente en --ello. En el balancing estricto, por el contrario, éste es el único fundamento porque así se enjuicia y se apli--ca la cláusula constitucional concreta.

F:4.- Las críticas principales dirigidas contra el con--trapeso de intereses.

Las críticas que se dirigen contra este método de interpretación constitucional son muy numerosas.

Las más importantes hacen referencia a la falsa reconducción de los intereses en juego a la alternativa --interés público-interés privado; a la imposibilidad de equilibrar intereses por naturaleza totalmente diversos y, por tanto, a la falta de standards judiciales o de --principios jurídicos para aplicar el contrapeso y, fi--nalmente, a la seducción de la aparente simpleza del método.

Naturalmente, la crítica de fondo es la misma: la mediación de los valores subjetivos del juez a la hora de llevar a cabo el contrapeso.

(a).- Los intereses ... ¿de quién?.

Uno de los mayores peligros del método consiste en reconducir los intereses protegidos por los derechos --fundamentales a la categoría de intereses individuales, contraponiendo así interés público versus interés parti--

cular, para dar primacía al primero.

Esta versión del balancing, típica, por ejemplo, de las decisiones en el área de las infracciones de la primera enmienda en la época de la "caza de brujas (1.275)", no es más que, en palabras de Antieau, "una perversión grosera de la jurisprudencia de intereses (1.276)".

Efectivamente, en el enjuiciamiento constitucional sólo se contrapesan intereses colectivos o sociales. Ya en 1943, Roscoe Pound advirtió de ese peligro: "Cuando se trata de evaluar o contrapesar intereses o reivindicaciones, debemos tener cuidado de compararlos en un -- plano de igualdad. Si categorizamos a uno como interés individual y a otro como interés social, podemos estar decidiendo la cuestión por adelantado (1.277)".

Todos los intereses amparados por el Bill of Rights tienen una dimensión social y no individual ---- (1.278).

(b).- ¿Pueden sumarse naranjas y manzanas?.

Otra de las críticas principales se dirige contra el hecho de que cuando los intereses obedecen a principios distintos, ... ¿no se estarán contraponiendo dos - objetos de naturaleza totalmente distinta?.

En una palabra: los intereses no son jerarquizables porque, pura y simplemente, no se pueden cuantificar, - ni, por tanto, medir. En palabras de Learned Hand, "la dificultad no se produce por la ignorancia, sino por la ausencia de estándares ya que los valores no se pueden medir (1.279)". Ello lleva a la idea de que "los jueces no tienen ni los medios ni la habilidad para contrape-- sar y ajustar intereses sociales relevantes (1.280)".

Esta crítica ha sido utilizada por los tribunales estatales precisamente para huir del método cuando el -- seguir la jurisprudencia del T.S. lleva a resultados -- con los que no están de acuerdo, sobre todo en el campo de las relaciones federales.

American Can Co. v. Oregon Liquor Control Commi--
ssion (1.281) presenta precisamente un caso en el que -- el tribunal estatal pretende limitar la jurisprudencia del T.S. alegando que el contrapeso de intereses en la aplicación de la cláusula de comercio sólo juega cuando los intereses se pueden contrapesar por ser cualitativamente iguales.

En este caso se enjuició la constitucionalidad de una ley de Oregon que obligaba a los fabricantes de bebidas refrescantes a embotellarlas en recipientes rellenables para su distribución en este Estado, con el fin de fomentar la limpieza de los lugares públicos.

Sólo cuando los intereses en juego "son comparables" debe aplicarse la doctrina del balancing. "El T. S. ha contrapuesto (intereses) comparables como las medidas de seguridad en relación con el transporte o el -- beneficio o daño económico en relación con la creación de mercados locales, pero no ha contrapesado nunca (intereses) no comparables, porque el resultado sería totalmente subjetivo. Esa decisión sería política, estando, por tanto, constitucionalmente asignada al legislativo".

Naturalmente, el razonamiento del Tribunal Supremo de Oregon llevaba a que no eran comparables la eliminación de basuras con la restricción del comercio interestatal, cuando realmente el T.S., en otros casos en que el interés estatal de eliminación de basuras era aún mu

cho más patente, había anulado medidas estatales restrictivas del mercado interestatal (1.282).

Frente a esta crítica puede oponerse la tesis de la inevitabilidad del balancing en muchos casos, ya que precisamente la noción de contrapeso y equilibrio de intereses puede realizarse invocando principios jurídicos.

En primer lugar, cada vez que se hace el contrapeso, queda el precedente, objetivando así, para el futuro, el equilibrio al que llega el primer caso; es decir, el precedente dota de su auctoritas a las futuras decisiones (1.283).

En segundo lugar, si no hay otra forma de interpretar estos conflictos, queda "el consuelo" de ser el método más práctico.

Ello no obsta para que se haya intentado racionalizar el fenómeno acudiendo a principios generales de carácter utilitarista.

Quizás el intento más conocido sea el que propusiera Roscoe Pound: "asegurar todos los intereses cuanto se pueda con el menor sacrificio de cada uno de ellos (1.284)", sustituyendo el criterio cualitativo (y su secuela de "intuicionismo (1.285)" en la apreciación de valores) por el cuantitativo (no importa qué intereses están en juego sino el procurar el máximo beneficio posible para el todo y, a la vez, para cada uno de ellos).

Sin embargo, como ha puesto de relieve Ducat, el criterio cuantitativo, de raigambre utilitarista, no proporciona la respuesta a la pregunta, sino que sólo da lugar a la formulación de una nueva pregunta: ¿quién

soporta el sacrificio, aunque éste sea el menor posible? (1.286), por lo que tampoco ese ~~posible~~ criterio cuantitativo puede servir como guía infalible.

(c).- Un peligro adicional: su simpleza.

Junto a las críticas sustantivas aparece otra más formal. Como dice Henkin, "el balancing tiene sus peligros, su simplicidad y apelación al sentido común son seductoras ... las respuestas que conlleva son demasiado acríticas, favorece la tentación de los jueces a -- elevar su autoridad a la vez que simplifica su tarea, ... permitiendo que se eviten el enfrentarse con otros métodos de interpretación constitucional que son mucho más rigurosos ...; expande la discrecionalidad judicial liberándola sustancialmente de la necesidad de -- justificar y persuadir en sus decisiones".

Por ello, el método debe ser residual. Sólo en casos límite, sectorialmente determinados, debe aplicarse este método: en esto si que existe acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia norteamericanas.

F:5.- La jurisprudencia de intereses en sentido amplio.

Junto a la aplicación del balancing en sectores o líneas jurisprudenciales específicas muy determinadas, existe otra jurisprudencia de intereses que hace referencia al proceso de "constitucionalización" de derechos o bienes así como al proceso de contrapeso entre cláusulas constitucionales contradictorias.

Este es el sentido que Pound y sus seguidores -- otorgaban a la "sociological jurisprudence", importada directamente de Ihering y que sólo indirectamente está relacionada con el balancing (1.287).

En este segundo sentido, la jurisprudencia de intereses es el mecanismo para ^{la}constitucionalización de derechos o intereses que no aparecen en el texto y lo que propone es la sustitución de fuentes de carácter "iusnaturalista" (propia conciencia, ley del Creador, ... etc., etc.) (1.288) por unos métodos más exactos, de carácter sociológico: búsqueda del consensus social; potenciación de fuentes como el derecho de los Estados o el common law; especial valor de las ideologías que informan la acción del Congreso en momentos determinados; apelación al estudio del Derecho Comparado; valoración de las respuestas doctrinales o de la opinión pública misma y, finalmente, la utilización de los conocimientos de otras ciencias extrajurídicas.

En este sentido, la jurisprudencia de intereses -- equivaldría a la potenciación de unas fuentes sobre -- otras a la hora de constitucionalizar intereses, bienes o derechos jurídicos.

Y En este sentido, jurisprudencia de intereses no -- equivale, pues, más que al uso de otras fuentes jurídicas que es precisamente lo que estamos nosotros, más o menos, intentando delimitar.

Ahora bien, quizás fuera ahora el momento oportuno para exponer lo que se ha venido a denominar la teoría de la sliding scale de J. Marshall. Lo que este magistrado del T.S. propone es que, con independencia de como lleguen realmente a constitucionalizarse los valores, sea mediante la jurisprudencia de intereses en -- sentido estricto, sea mediante la jurisprudencia de valores sustantivos o procedimentales, o mediante cualquier otro método de interpretación de los que estamos viendo, los valores o bienes tiendan a constituir una jerarquía que haga más clarificable cuál es el respectivo peso específico de cada uno de ellos en el conjunto

to del ordenamiento jurídico.

Como muchas veces hemos repetido, la cláusula de igualdad opera hoy con tres tipos de examen de constitucionalidad: el de mera racionalidad, para la legislación socio-económica; el intermedio para la discriminación por razón de sexo, la discriminación "benigna" por razón de raza o para la teoría de las llamadas irrefutable presumptions, que veremos más adelante (1.289) y el test estricto para el examen de las discriminaciones que afectan a intereses fundamentales o categorías sospechosas. Pues bien, lo que J. Marshall propone es que este esquema, antes bipartito, hoy tripartito, es puramente dogmático. Lo que hay que hacer, a su juicio, es elaborar jurisprudencialmente una sliding scale (escala ascendente-descendente) de valores, intereses y bienes jurídicos para que el equilibrio sea real y no se pase en la pura inclusión de dicho bien o interés en una categoría dogmática. Y esas categorías son dogmáticas porque la inclusión de un interés como fundamental o de una clase como sospechosa, como en la práctica conllevan la anulación de la legislación, cierran el paso automáticamente a la apreciación de otros intereses o categorías con relevancia quasi-constitucional, pero no tan trascendente como para generar la anulación de todas las leyes. Ante el temor de que esto se produzca, caen automáticamente en la categoría inferior, y entonces la alegación de cualquier interés estatal razonable basta para apreciar la constitucionalidad de la legislación.

La educación, la vivienda, el derecho al trabajo, la pobreza, ... etc., son derechos fundamentales o categorías sospechosas que, por el temor a que si se categorizan como tales den lugar a la anulación de prácticamente toda la legislación, son infravalorados y co

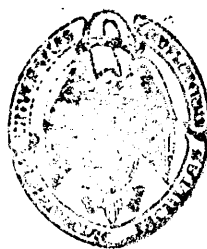
locados en la categoría de legislación socio-económica, lo que conlleva la aplicación del test de la racionalidad produciendo resultados injustos al mantenerse, por sistema, la constitucionalidad de leyes discriminadoras.

Dado que las principales sentencias son de J. --- Marshall ha expuesto su postura pertenecen al campo de los welfare rights, las estudiaremos en otra parte --- (1.290), a donde remitimos al lector.

En todo caso, conviene recordar que todo el substantive due process se basa igualmente, en cierto modo, en conseguir o no qué determinado derecho, bien o interés sea categorizado por el T.S. como rights of privacy (1.291).

**LA NATURALEZA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
EL EJEMPLO NORTEAMERICANO**

TOMO II



**BIBLIOTECA
DE DERECHO**

Enrique Alonso García

IV:6.- LAS FUENTES MAS TIPICAMENTE ANGLOSAJONAS O ESPECIFICAMENTE NORTEAMERICANAS.

A.- LA CONSTITUCION NO ESCRITA, LA HISTORIA INGLESA Y EL ---
COMMON LAW INGLES Y FEDERAL NORTEAMERICANO COMO FUENTES
DE INTERPRETACION.

A:1.- Introducción.

En 1975 Thomas C. Grey lanzó al aire una idea pre-
suntamente revolucionaria: los Estados Unidos tenían una
Constitución no escrita (1.292) en su sentido más técni-
co: una Constitución como la inglesa.

Su fundamento residía en la demostración histórica
de como, junto a argumentos iusnaturalistas, los revolu-
cionarios norteamericanos manejaron argumentos estricta-
mente constitucionales, entendiendo por tales argumentos
a partir de la Constitución Inglesa (1.293).

Tal descubrimiento no lo es tal, sino que había si-
do objeto de bastantes estudios (1.294) y, lo que es más
importante, si bien aclara nociones "legitimadoras" en -
el sentido de explicar mejor el por qué de la judiciali-
zación operada por Marbury v. Madison (1.295), no expli-
ca como la Constitución e Historia Inglesas fueron o son
fuentes una vez que la Constitución Norteamericana quedó
plasmada como documento jurídico (1.296).

Por ello se hace necesario distinguir los distintos
planos en que esta fuente puede jugar su papel normativo.

A:2.- La influencia de la Constitución Inglesa en la ---
Constitución de los Estados Unidos.

En primer lugar, conviene tener en cuenta que muchos

de los preceptos constitucionales del texto fundamental de los Estados Unidos tienen su fuente directa en la -- Constitución Inglesa y, sobre todo, en la Charta Magna, o mejor, la interpretación de dicha Charta hecha por -- Coke, pues como ha resumido Kurland, "la historia norte americana ha dejado claro que el primer paso constitu-- cional no fue el Tratado de Runnymede entre el Rey Juan y los Varones, sino la versión de Coke, especialmente -- si se combina con su concepción del common law, falsa -- en gran medida, pero realmente sabrosa (1.297)".

Como mínimos pueden señalarse los siguientes pre-- ceptos como derivados de la Magna Charta: la garantía -- de juicio local de la enmienda número 6 que se deriva -- del capítulo XVIII (1.298); la enmienda número 8 que co-- pia prácticamente el lenguaje "cruel and unusual punish-- ment" del Bill of Rights de 1689, a su vez producto de -- la filosofía de la proporcionalidad de los capítulos XX (para "free men"), XXI (para varones y "earls") y XXII (para "clerks"); desde luego, sin duda alguna, la cláu-- sula de due process de las enmiendas números 5 y 14, -- que se deriva del lenguaje casi directo del capítulo -- XXXIX; la taking clause de la enmienda número 5 también proviene de la filosofía de los capítulos XXVIII a XXXI (1.299).

A esta descendencia directa de la Magna Charta de-- ben añadirse principios constitucionales mucho más bási-- cos como lo es, desde luego, la idea misma de la justici-- cia constitucional, pues, como ha puesto de relieve -- Dick Howard, la afirmación del biógrafo de C. J. Mar-- shall en el sentido de que el principio de la justicia-- bilidad de la constitucionalidad de las leyes "es total y exclusivamente americano, siendo la contribución por antonomasia de Norteamérica a las ciencias jurídicas -- (1.300)", dicha afirmación "con todo respeto, simplemen-- te no es verdad (1.301)".

De la Charta Magna en sí misma, como símbolo, también pueden derivarse, aparte del derecho a la revolución, "dos contribuciones ... implícitas más que explícitas en el documento ...: la primera consiste en que la Magna Charta puede considerarse el principio de la idea de jerarquía de normas en la historia anglo-americana, idea que es la esencia del constitucionalismo. -- La segunda es que la Magna Charta representa la utilización de un documento escrito como guía, cuando no como plasmación, de la norma superior dentro del esquema jerárquico de normas (1.302)".

Si a esta influencia directa de la Magna Charta, tanto en la idea misma de constitucionalismo, como en la redacción de algunos preceptos, añadimos el origen claramente anglosajón de otros, el cuadro se amplía -- considerablemente. Siguiendo a Grant, el impachment -- del artículo I, Sección 3, cláusula 7; la prohibición de bills of atteinder o ex post facto laws por los Estados del artículo I, Sección 10 o por el gobierno federal, artículo I, Sección 9, cláusula 3; las nociones de "treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors" del artículo III, Sección 3, cláusula 1; así como la mención de atteinder of treason y corruption of blood del artículo III, Sección 3, cláusula 2 del cuerpo de la Constitución son términos jurídicos todos -- ellos inexplicables sin el common law. Aparte de ello, incluso la enmienda número 4 tiene por finalidad simplemente "constitucionalizar las resoluciones de la -- House of Commons inglesa de 1765-66 contra los general warrants" por lo que tiene un origen igualmente derivado del common law (1.303).

A:3.- La influencia en la interpretación de la Constitución.

No es por tanto de extrañar que si muchos de los

principios y preceptos de la Constitución Norteamericana obedecen a la tradición inglesa, ésta haya servido de -- fuente normativa a la hora de interpretarla.

No hay ninguna obra que haya sistematizado todas -- las sentencias del T.S. en las que la ratio decidendi se basara en la historia constitucional inglesa.

Por otra parte, el valor de la fuente varía según -- el tipo de cláusula. En algunas equivale casi a una pura interpretación gramatical, mientras en otras lo que hace es constitucionalizar derechos que tradicionalmente os-- tentaron el rango de producto del ordenamiento jurídico inferior.

Se impone, por tanto, una sistematización de la uti-- lización por el T.S. de esta fuente.

(a).- Los términos que provienen del common law.

Se trata quizás de los primeros casos en que el --- common law se utilizó como fuente normativo-interpretati-- va. Como dice Berger, "desde el C. J. Marshall, el signi-- ficado de términos o instituciones del common law, que -- tenían un significado concreto cuando fueron incorpora-- dos a la Constitución, debe delimitarse atendiendo a ese contenido (1.304)".

Efectivamente, pueden encontrarse sentencias en que así ocurre. C. J. Marshall, interpretando la palabra --- "traición" señaló que sólo podía dársele el contenido fi-- jado por aquéllos que la utilizaron (1.305). Mucho más -- recientemente, en Towsend v. Sain (1.306), el T.S. afir-- mó que "la concepción histórica del writ (de habeas cor-- pus) anclada en el antiguo common law y en nuestra Cons-- titución ... ha permanecido constante hasta hoy".

Sin embargo, el valor que hay que atribuir a esas afirmaciones es dudoso. Algunas de ellas simplemente sirven para cubrir o amparar con más fuerza legitimado ra al originalismo (1.307). Ningún supuesto es tan --- ejemplificador como el caso de los jurados. La palabra "jurado" se interpretó hasta 1970 siguiendo su signifi cado del common law para pasar el T.S. posteriormente a una interpretación totalmente funcional (1.308).

Pese a ello, no cabe duda de que el significado - del common law anterior a la Constitución juega un pa pel importante, semejante al del originalismo, en la - interpretación de estas cláusulas. Veamos cuál ha sido este papel en la aplicación de tres cláusulas cuya ca si literal referencia a conceptos jurídicos del common law lo hace inevitable.

a:1.- Los bills of atteinder.

En 1787 se aplicaba el término a leyes que, señalando a una persona o grupo de personas con cretas como culpables de alta traición, les conde naba a muerte, haciéndoles perder todos sus dere chos civiles y prohibiendo la herencia de su pro piedad.

En el caso de que el mecanismo sólo impusie ra una pena menor, recibían el nombre de bills of pains and penalties.

El T.S. no dudó en extender el primer concep to abarcando al segundo (1.309), para acabar in cluyendo en United States v. Lovett (1.310) cual quier ley que "castigara de algún modo a un indi viduo o grupo determinado (1.311)".

a:2.- Las expost facto laws.

Parece igualmente bastante claro que la prohibición de leyes retroactivas originariamente estaba pensada sólo para las leyes penales (1.312).

El T.S. ha mantenido aquí este significado preciso de la cláusula, pero no sin vaivenes (1.313). Hoy en día se admite claramente que las "penas civiles" accesorias, implícita o explícitamente, a las penales están incluidas en la cláusula (1.314), aunque no se llega a la admisión abierta de la irretroactividad de toda ley sancionadora.

a:3.- Los treason, bribery, or other high crimes -- and misdemeanors.

Estas hipotéticas conductas son las que pueden dar lugar al impeachment del Presidente, Vicepresidente u otro funcionario, según el artículo II, Sección 4. Aparte de la traición, que aparece definida en el artículo III, Sección 3, no se sabe muy bien en qué consisten las otras conductas. Dado que es dudoso que el impeachment en sí mismo no sea una cuestión política (1.315), el T.S. nunca las ha interpretado. Pero un sector de la doctrina previó precisamente tal posibilidad. Hoy parece haber acuerdo en la misma acerca del contenido de tales conductas, que es relativamente reducido si se atiende a su significado en el Derecho público inglés del siglo XVIII (1.316), pero algunos diputados ya habían avanzado la fórmula de que la frase significaría todo aquello que la Cámara de Representantes quisiera atribuirle.

En resumen, ni siquiera en términos de clara derivación del common law el T.S. ha utilizado esta fuente con carácter exclusivo o determinante.

(b).- La interpretación del procedural due process.

Si el common law anglosajón ha servido de fuente alguna vez, fue en el período entre 1855 y 1884.

En esta época, el T.S. reconoció y aplicó abiertamente la teoría de que due process, a nivel constitucional, lo constituían aquéllos procedimientos consagrados desde antiguo por el common law.

b:1.- La Magna Charta como origen del due process.

El capítulo XXXIX de la Magna Charta decía - que "ningún hombre libre será detenido, encarcelado, declarado fuera de la ley, condenado o destruido de alguna forma, ni procederemos contra él, salvo mediante un juicio conforme a la ley ante - sus peers y by the law of the land".

Este capítulo XXXIX se unió con el capítulo XL, que decía que "no venderemos, ni negaremos o retrasaremos a nadie la justicia o el ejercicio - de su derecho", formando el capítulo XXIX de la - reedición de la Magna Charta por Enrique III en - 1225. Es el conjunto de ambos preceptos lo que - los conolizadores norteamericanos se sabían de memoria (1.317).

De la segunda parte, tanto el derecho al - speedy trial (1.318) como los problemas relativos a las partes cuando son indigentes (1.319) han sido estudiados por el T.S. entroncándolos la doctrina con la Magna Charta (1.320) a través de la primera oleada de constituciones de los distintos Estados (1.321).

Ha sido, sin embargo, la law of the land la que ha dado lugar al due process. "De hecho, incluso desde 1354 se utilizaban las palabras due process en leyes inglesas que interpretaban la Magna Charta. A finales del siglo XIV, due process of law y law of the land eran términos intercambiables (1.322)". Esta intercambiabilidad sería plenamente aceptada por todo el aparato judicial tanto estatal como federal de los Estados Unidos.

Pero lo que a nosotros nos interesa no es sólo la sinonimia terminológica, sino lo que ello implicó en el proceso de interpretación de la enmienda número 5 y, a partir de la Reconstrucción, de la enmienda número 14.

¿Cómo saber qué procedimientos eran los debidos con rango fundamental, o, si se quiere, constitucional?.

b:2.- La costumbre inglesa como medida del due process.

El caso clave fue Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co. (1.323). Independientemente de las nociones "románticas" que acerca de la Magna Charta ostentaba J. Curtis (1.324), lo cierto es que el T.S. admitió que "la Constitución no contiene una descripción de los procedimientos que pretendía prohibir o permitir. Ni siquiera declara qué principios deben aplicarse para saber si estamos o no ante un due process. Es manifiesto que no se permitía al legislativo legislar el procedimiento que le viniera en gana. - El artículo (enmienda número 5) es, por consiguiente, un límite tanto para el legislativo como para

el ejecutivo o el judicial y no puede interpretarse como dejando libertad al Congreso para legislar a voluntad. ¿A qué principios hemos, pues, de recurrir para comprobar si este procedimiento --- (1.325), admitido por el Congreso, es due process? La respuesta a esta pregunta es doble. Debemos --- examinar la Constitución misma para comprobar si este procedimiento entra en conflicto con algún precepto concreto. Si esto no ocurre, debemos estudiar los usos, costumbres y formas de proceder existentes en el common y statute law de Inglaterra, antes de que nuestros antecesores emigraran y que demuestren no haberse desfasado habiéndose adaptado a las condiciones socio-políticas de este país (1.326)".

En una palabra, la historia del common law --- era la que debería decir qué derechos procedimentales tienen rango o no constitucional.

Con ello, (A) no se habrían podido admitir --- procedimientos nuevos desconocidos por el Derecho Inglés y (B) no se habría podido dar un contenido sustantivo a la cláusula de due process (1.327).

Este enfoque parecía igualmente que iba a --- prevalecer en la interpretación de la enmienda número 14, es decir, en la enumeración de procedimientos requeridos a los Estados, aunque parecía que algún juez dejaba un resquicio para una interpretación más amplia (1.328).

Como ejemplo de la aplicación de esta doctrina puede citarse Munn v. Illinois (1.329) en el --- que el T.S. sostuvo la regulación de tarifas y, --- por tanto, del poder de policía intervencionista típico del Derecho Administrativo decimonónico ---

(1.330) "refiriéndose a la práctica 'consuetudinaria en Inglaterra, desde tiempo inmemorial, y en este país desde la primera colonización' de regular el transporte, las posadas, los ferries y --- otros, y de fijar sus tarifas máximas (1.331)". -- Munn se encuentra perfectamente a caballo entre el 'procedural' y el 'substantive' due process (1.332).

También puede citarse, como ejemplo de rechazo, basado en que la costumbre inglesa se había limitado al territorio de Nueva Inglaterra el de la denegación de receivers^{hip} para el cobro de obligaciones documentadas en bonos municipales (1.333).

Esta versión histórica del procedural due process no duró, sin embargo, mucho. En Hurtado v. California (1.334) el T.S. siguió la metodología indicada por J. Curtis en Murray's, pero J. Mathews añadió a la glosa del caso: "ello no significa, -- sin embargo, que ningún otro procedimiento pueda -- ser considerado due process (1.335)". Pero el argumento de este último magistrado se basaba en la -- propia Magna Charta, si se entiende como un documento que fijó principios dinámicos por naturaleza y, por tanto, susceptible de desarrollo y no de petrificación. J. Mathews contemplaba incluso el --- constitucionalismo norteamericano como un simple -- extraño más avanzado del desarrollo de la Magna Charta (1.336). "Principios fundamentales de libertad y justicia (1.337)" son los que vendrían a dar la medida del auténtico due process.

A partir de entonces, el debate se transformó en uno de Derecho Natural versus positivismo, o, -- si se prefiere, en el debate entre J. Frankfurter y J. Black, debate que ya hemos examinado con anterioridad (1.338).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el proceso de "incorporación" últimamente volvió a - sus cauces tradicionales, aunque se quedó a medio camino. No se trata por un lado de recurrir a la historia del common law para determinar qué proce- dimientos son requeridos por el due process, pero tampoco de recurrir a la tesis de J. Cardozo y J. Frankfurter del "consensus".

Por el contrario, en Duncan v. Louisiana --- (1.339), uno de los últimos casos de incorpora--- ción de alguna cláusula del Bill of Rights a los Estados (1.340), el T.S. cambió de fundamentación hablando ahora de que el juicio mediante jurados (que es lo que se incorporaba a los Estados) es - un requisito fundamental no porque su ausencia ha ga "injusto por naturaleza" el proceso (que es el fundamento de carácter quiasí-iusnaturalista) si- no porque se trata de "algo profundo en esta Na- ción", reiterando posteriormente que el juicio -- por jurados se trata de algo fundamental "para -- los Estados de Norteamérica" e incluso dedicando - una nota a pie de página expresamente al tema. En esta nota, el T.S. reconoció no sólo que son los principios del common law angloamericano los que fundamentaban la incorporación del juicio por ju- rados, sino que, además, los últimos casos ante- riores de incorporación, "habían ocurrido sobre - la base de una asunción válida de que los proce- sos de enjuiciamiento criminal de los Estados no son esquemas imaginarios ni teóricos, sino mode- los reales que se estructuran conforme a las ca- racterísticas del sistema del common law que se - ha ido desarrollando a la vez en Inglaterra y Es- tados Unidos". Citaba la nota como sometida a tal standard, frente al de la "libertad civilizada" - (el llamado iusnaturalismo de la incorporación),

las incorporaciones de la "exclusionary rule" --- (1.341), añadiendo que "el hecho de que los Estados deban cumplir ciertos preceptos de la enmienda número 6 como son los del 'juicio rápido', 'ca_{re}o con los testigos' y el nombramiento, a costa del Estado si hace falta, de abogado defensor ..., (no obedece) necesariamente a principios fundamentales de justicia en cualquier sistema imaginable, pero sí pueden considerarse esos preceptos como - fundamentales en el contexto del enjuiciamiento - penal en los Estados de los Estados Unidos".

La nota, pues, habla por sí sola. Ya no se trata de la Justicia en abstracto sino de la Justicia en sentido sociológico, en el sentido de la tradición heredada del common law.

Ni qué decir tiene que Duncan acentúa ahora más no la costumbre inglesa sino la costumbre federal norteamericana, es decir, el llamado "federal common law", como fuente normativa.

(c).- El substantive due process.

Hasta qué punto la cláusula de due process se limita a requerir procedimientos, no autorizando la constitucionalización de nuevos derechos sustantivos, es - un tema en el que la legitimidad misma de la justicia constitucional norteamericana se ha visto implicada. - Gran parte de la literatura jurídica de los años 70 ha estado dedicada al tema, por lo que parece ocioso repetirla.

Nosotros sólo vamos a fijarnos ahora en si el --- common law ha sido utilizado como guía para la creación de derechos sustantivos al amparo de la cláusula

sustantiva de due process, dejando aparte el tema de si el capítulo XXXIX de la Magna Charta tenía o no un contenido sustantivo aparte del meramente procedimental.

De la primera época de aplicación del substantive due process Kurland ha dicho que "ninguno (de los casos) parece haberse basado en el antecedente de la -- Magna Charta (1.342)". Sin embargo, el common law si fue invocado abiertamente como fuente normativa en algunos aspectos del llamado due process económico, aunque, como Roscoe Pound puso de relieve, se trataba de un common law equivocadamente elevado a la categoría de Derecho Natural (1.343).

Como es sabido, la oposición del T.S. a la legislación social, tenía como piedra angular la constitucionalización del principio de libertad contractual. Pues bien, preguntándose cómo había llegado tal principio, o mejor, sus aplicaciones (1.344), a ostentar tal rango, Roscoe Pound avanzó varias falsas tesis entre las que se encontraba "la profundamente enraizada convicción del jurista norteamericano de que las doctrinas del common law forman parte de un orden jurídico universal (1.345)". Se trataría entonces de una -- fuente normativa híbrida entre el common law y el Derecho Natural, aunque la primera fuera pura fachada, es decir, no auténtico common law.

En todo caso, pese a que algunos autores vieran en la Magna Charta el posible precepto interpretador de la llamada "olvidada enmienda" de la Constitución Norteamericana, la novena enmienda (1.346), el T.S. -- no ha utilizado esta fuente para constitucionalizar -- derechos sustantivos no económicos desde 1965 (1.347), sino que ha recurrido a otras tales como el consensus, la historia legislativa, la tradición, la ideología o

simplemente las ciencias naturales sociales.

Quizás pueda, sin embargo, citarse un ejemplo muy indirecto de cómo el common law sí se ha visto en cierto modo implicado en esta resurrección del substantive due process.

En 1965 el T.S. constitucionalizó el llamado right to privacy, extrapolándolo de una serie de enmiendas constitucionales. Como ya hemos tenido ocasión de examinar, Griswold v. Connecticut (1.348) constituye el primer paso de este moderno substantive due process (1.349).

En esta sentencia el Tribunal Warren, en el voto mayoritario redactado por J. Douglas, hizo un esfuerzo literalista hablando de "penumbras" y "emanaciones de las penumbras" del Bill of Rights y "ligando" a esas enmiendas el llamado derecho a la intimidad (1.350).

Pues bien, ese derecho apareció por primera vez, como el "derecho a estar solo" en el voto disidente de J. Brandeis en Olmstead v. United States (1.351) donde la mayoría del T.S. se negó a considerar que el truca-do del teléfono estuviera incluido en el concepto de "search" de la enmienda número 4, ya que no implicaba penetración física en el domicilio.

Por su parte, de joven, Brandeis había abocado — por una mayor protección y uso de ese derecho que consideraba como uno básico en el Law of Torts del common law (1.352). Hasta qué punto dicho common law llegó por esta vía indirecta a servir como de base al derecho a estar solo, y, en consecuencia, a servir como fundamento del derecho a la intimidad es, como poco, discutible (1.353). Precisamente en Poe v. Ullman (1.354), el caso de los anticonceptivos anterior a Griswold, que —

el T.S. rechazó por falta de jurisdicción al no tratarse de una auténtica controversia (1.355), J. Harlan en su voto particular, entrando en el fondo, basó el derecho a la intimidad en "un aspecto fundamental de la libertad tal y como la entienden los pueblos de habla inglesa".

(d).- La Constitución en sí misma como common law: el Derecho Procesal Penal Constitucional.

Los procedimientos adecuados han sido objeto de jurisprudencia desde dos puntos de vista totalmente distintos:

El primero, del que hemos visto ejemplos, consiste en la interpretación de qué procedimientos, de los enumerados en el Bill of Rights, se deben observar -- por los Estados. Es en la interpretación de la enmienda número 14, donde entra en juego este sistema, como ya hemos tenido ocasión de ver.

Hay una segunda forma de aplicar igualmente el enjuiciamiento de los procesos, la de especificar en normas subsidiarias, mucho más concretas, qué requisitos procedimentales concretos exigen las enmiendas 4 a 6 de la Constitución, es decir, hasta qué punto las garantías procedimentales genéricas en el proceso de enjuiciamiento criminal, tanto para el gobierno federal como para los Estados, pueden a su vez llamar a -- otros requisitos procedimentales íntimamente ligados con ellos.

Este segundo proceso de interpretación se produjo primero como aplicable sólo al gobierno federal. -- Posteriormente, se llevó a cabo (años 1961 a 1970 básicamente) la llamada "incorporación". Pero, en tercer lugar, siguen siendo interpretados ahora para su

aplicación tanto para el gobierno federal como para -- los Estados: es decir, una cosa es el problema de la -- incorporación y otra es el de la interpretación de la cláusula concreta en sí misma, o, como dicen Chase y -- Ducat "incorporar un derecho no significa, sin embargo, definirlo (1.356)". Es esta labor de "definición y especificación" lo que ahora nos interesa.

Dejando aparte el tema de cuándo los estándares -- varían según se trate del gobierno federal o de los Es-- tados, que es de por sí una cuestión de gran trascen-- dencia (1.357), la especificación de las garantías pro-- cedimentales de las enmiendas 4 a 6 ha sido tal que en la actualidad los requisitos constitucionales del pro-- ceso penal se estudian en realidad en las Universida-- des Norteamericanas como un curso de Derecho Constitu-- cional especial (1.358).

Pues bien, muchas de esas normas no son sino ---- "constitucionalización" de principios y reglas del --- common law, entendido ahora como el sistema de enjui-- ciamiento criminal de los países anglosajones.

Veamos algunos ejemplos.

Weeks v. United States (1.359), el primer caso -- que introdujo la "exclusionary rule" en los Estados -- Unidos, al interpretar qué se entiende por "unreasona-- ble searches and seizures" y al especificar las situa-- ciones en que se exige mandato judicial, admitió, ele-- vándola a rango constitucional, la regla consistente -- en que no se podía incorporar como prueba al juicio -- los medios e instrumentos del delito hallados sin un -- mandato de registro y búsqueda, sino sólo con una or-- den de arresto, ya que el mandato de registro y búsque-- da es independiente, como técnica procesal, de la or-- den de arresto. Dicha excepción se basaba exclusivamen

te en que "siempre ha sido admitida tanto en el Derecho Norteamericano como en el Derecho Inglés (1.360)".

Otro ejemplo puede ser la admisión por el T.S. - en Brady v. United States (1.361) y Santobello v. New York (1.362) de la llamada "plea bargaining (1.363). Aunque el T.S. se apoyara más en el hecho en sí de su uso constante ante los tribunales norteamericanos, el fundamento de su admisión radica en realidad en la -- constitucionalización, en el sentido de elevación de rango, del llamado "adversary model", frente al inquisitorial como esencial en Estados Unidos (1.364). Por el contrario, sí se ha apoyado expresamente en este -- principio para justificar toda la jurisprudencia en -- el área de la validez de las confesiones obtenidas en interrogatorios policiales para emplear el standard -- de la "voluntariedad" de la confesión como requisito fundamental de su validez. Este standard se derivó, -- sin embargo, directamente de la enmienda 14 (due process) y no de la quinta ("privilegio de autoacusa-----ción") cuyo desarrollo desde Miranda v. Arizona ---- (1.365) es muy posterior al origen de la regla de la voluntariedad. Así, en Rogers v. Richmond (1.366), J. Frankfurter señaló que las confesiones involuntarias deben excluirse "no porque tales confesiones sean probablemente falsas, sino porque los métodos usados ... ofenden el principio básico de la aplicación de nuestra ley penal: que nuestro sistema es uno regido por el principio contradictorio y no uno inquisitorial -- (1.367)". En cambio, en Gerstein v. Pugh (1.368) tal principio no se ha considerado aplicable a la audiencia antes del juicio que debe celebrarse en todo caso cuando no ha habido "grand jury indictment" o mandato de arresto, para determinar la "probabilidad del motivo" de la acusación por un tercero imparcial: el juez.

Si el adversary system, como principio básico --

del common law norteamericano, hemos visto como ha sido constitucionalizado dando lugar a la creación de numerosas reglas, lo mismo ocurre con el principio de la prohibición de double jeopardy de la enmienda número 5. Independientemente del reconocimiento de su origen de common law (1.369), son las reglas concretas de aplicación las que se han fundamentado en el common law tanto estatal como federal. Normas de rango inferior han ido progresivamente constitucionalizarse al pasar a formar parte de la garantía institucional contra la double jeopardy. Quizás el ejemplo más reciente sea el de Crist v. Bretz (1.370). Lo que se planteaba era exactamente la determinación del momento procesal en el que se entiende que ha habido riesgo ya que la double jeopardy no es exactamente el non bis in idem sino el "non bis en puesta en peligro de recibir una pena (1.371)". Por tanto, para que una demanda basada en la infracción de esta cláusula sea efectiva, lo que se hace es determinar cuándo se ha producido ya el riesgo de acusación, y por tanto condena, penal ("when the jeopardy is attached"). Pues bien, en Crist, se determinó que eso ha ocurrido desde que el primer jurado is empanelled and sworn, momento, por tanto, a partir del cual, el prosecutor no puede ampliar la demanda. Cuando no hay jurado, sigue jugando la regla anterior a este caso: cuando jura el primer testigo del prosecutor es a partir de cuando se entiende producido el riesgo de condena penal ---- (1.372).

La fijación de este momento tenía rango de legislación ordinaria, pues era la regla procesal federal a la que debía acudirse (1.373), aparte de que numerosas jurisdicciones estatales, por un proceso de asimilación a las técnicas del Derecho Procesal federal, habían ya asumido como propia esta regla (1.374). Pe-

ro, en todo caso, "hasta Crist no se consideraba como un requisito constitucional esencial (1.375)". El fundamento de su elevación de rango, de su constitucionalización, no es otro que "sus hondas raíces en el desarrollo histórico del juicio mediante jurados en el sistema angloamericano de proceso penal (1.376)". --- Crist nos muestra, pues, perfectamente cómo se trata de un fenómeno puro y simplemente de elevación de rango de legislación ordinaria, federal o estatal al nivel constitucional.

Naturalmente, ni qué decir tiene que, si se admite el origen de common law del llamado right to privacy (1.377), muchas de las reglas en materia de registros y detenciones tienen este fundamento.

Finalmente, la misma nota a pie de página que en Duncan v. Lousiana (1.378) reconoció de nuevo al --- common law como principio base de la incorporación, - reconoció igualmente que dicho principio era el fundamento para la constitucionalización de reglas específicas y, por tanto, de su extensión, en cuanto tales reglas específicas, preceptos concretos especificados en el Bill of Rights a los Estados.

La nota cita expresamente, aparte de la "exclusionary rule" (1.379), la extensión a los Estados del principio consistente en que el prosecutor no puede - hacer comentarios al jurado sugiriendo que el silencio del acusado le inculpa (1.380).

Estas reglas, por tanto, han constitucionalizado el common law pero no en su versión inglesa, sino en la norteamericana, de tal forma que reglas en origen no basadas en el common law (por imposibilidad cronológica) se adoptan para el sistema federal, para pasar después a argumentarse que son ya common law nor-

teamericano y, en último término, llegar a servir de fuente constitucional, como tal common law, ahora sí, para su extensión a los Estados.

Es decir, el common law federal, cuya existencia en sí misma ha causado y causa tantas disputas (1.381), a veces se convierte en fuente constitucional en sí misma. Este proceso no se limita a los procedimientos de enjuiciamiento criminal sino que, a veces, se ha utilizado como fuente también en la elaboración de normas sustantivas, como veremos dentro de poco (1.382).

(e).- El common law y los remedies.

Si en el campo penal puede hoy hablarse de un Derecho Constitucional de Enjuiciamiento Criminal, en el campo administrativo podría igualmente hablarse de un Procedimiento Constitucional Administrativo y en el civil de los requisitos constitucionales del proceso civil (1.383). Sin embargo, la inclusión de requisitos procedimentales se basa a la vez en una interpretación literalista de la Constitución (¿qué significan los términos "propiedad" y "libertad" de la enmienda número 14?) y en un sistema especial de enjuiciamiento que ya hemos examinado: el llamado balancing (1.384).

Aunque a veces está en juego el alcance concreto de dichos requisitos procedimentales (1.385), normalmente estos casos consisten simplemente en obligar a que se observen en determinados ámbitos los principios de audiencia y de motivación del acto, de ahí el nombre general que reciben de right to a hearing cases (1.386). Las áreas a las que el requisito se ha extendido alcanzan incluso la imposición de sanciones en las High Schools (1.387) y ha motivado una total revi

sión de los conceptos de interés patrimonial y personal dando lugar a que se hable de una concepción del derecho de propiedad constitucional y no meramente de rango ordinario (1.388).

En todo caso, lo que nos interesa ahora es que esta "revolución" del Tribunal Burger ha puesto de relieve un problema muy especial del procedural due process. En Ingraham v. Wright (1.389) el T.S. examinó un caso motivado por la anterior ampliación del ámbito de los procedimientos administrativos a las High Schools. Los demandantes alegaban que los castigos -- corporales en las escuelas, aparte de ser inconstitucionales por constituir un castigo cruel e inusual -- prohibido en la enmienda número 8, exigían unos requisitos procedimentales previos, ya que lesionaban la "libertad" protegida por la enmienda número 14. El T. S. rechazó categóricamente la objeción de derecho sustantivo (enmienda número 8) pero, en cuanto a la procedimental, admitió que el interés era fundamental y se encontraba dentro de lo que la enmienda número 14 define como "libertad".

Sin embargo, aun así, negó que hubiera necesidad de un previo principio de audiencia y motivación.

El fundamento es algo alambicado: dado que las escuelas son una "institución abierta", lo que les diferencia a efectos de mayores requisitos procedimentales de otras instituciones como las prisiones o los hospitales psiquiátricos, un ejercicio excesivo de la "disciplina escolar" tiene como solución el ejercicio de los clásicos remedies (básicamente un tort en este caso) del common law.

Con ello, por primera vez en la jurisprudencia -

norteamericana (1.390), se admitía que la existencia de remedies post facto en el Derecho estatal era suficiente garantía, no haciéndose necesarios procedimientos especiales requeridos por la Constitución.

En realidad lo que el T.S. quería decir es que - el procedimiento en sí es concebible como un remedy - y, cuando esto ocurre, la existencia de otros remedies de common law puede frenar la inclusión del requisito procedimental como exigencia constitucional. El common law actúa aquí no como fuente de requisitos procedimentales, sino, al contrario, como fuente para su rechazo. Lo que ocurre es que, al igual que en --- otras denegaciones de remedies (1.391) son nociones - de Derecho público como el principio federal las que realmente operan como fuente de la subnorma constitucional: déjese a los Estados regular la disciplina escolar y elegir el procedimiento adecuado para hacer lo mientras sea efectivo.

(f).- El propio common law norteamericano como - fuente constitucional.

Curiosamente hemos visto cómo prácticas procedimentales provenientes del ordenamiento federal (normalmente common law y no statutory law) han sido elevadas de rango, llegando a constituirse en normas --- equivalentes a la Constitución misma.

Cuando repasábamos, hace poco, el Derecho Constitucional del Procedimiento Criminal ya vimos numerosos ejemplos de cómo ocurría esto.

Pero también en el área de las normas sustantivas ocurre lo mismo.

Como es sabido, los tribunales federales tienen

jurisdicción en las controversias entre ciudadanos de diferentes Estados (1.392). Esta cláusula jurisdiccional dio motivo en su día a la creación de un federal common law o common law general aplicable con independencia, y por encima, del auténtico common law: el estatal. En una palabra, de un sistema conflictual se pasó a uno material (1.393). Esta concepción hace también años que fue repudiada (1.394). Sin embargo, en primer lugar, hay antiguas reglas de ese federal common law que siguen existiendo como tales y, en segundo lugar, dicho federal common law, aunque más limitado desde Erie, sigue existiendo y renovándose --- (1.395).

El T.S. a veces simplemente constitucionaliza -- sus propias normas creadas como federal common law, -- ámbito en el que la creación de normas es plenamente legítimo, pues los jueces pueden crear abiertamente -- derecho si bien hasta que una ley ordinaria lo modifi que. Naturalmente, con la constitucionalización, se -- eleva el rango de la norma aparte de imponerse abiertamente a los Estados provocando una nacionalización del ordenamiento jurídico. Quizás un ejemplo pueda -- aclarar mejor el uso de esta fuente.

Cuando existe una disputa entre asociaciones religiosas alguna de ellas siempre puede recurrir a la jurisdicción civil. Naturalmente, cuando la disputa -- se refiere a la doctrina o a la autonomía que como -- tales organizaciones religiosas tienen, no hay jurisdicción alguna de ningún tribunal; pero cuando lo que se disputa es algún derecho de carácter civil, como -- pueda ser ejemplo el de propiedad, el tribunal no tiene más remedio que dilucidar el tema de alguna forma.

En el siglo XIX cuando la cláusula de separación Iglesia-Estado de la primera enmienda no se aplicaba

a los Estados (no estaba incorporada) llegó por la --
vía de la diversidad de ciudadanía al T.S. un caso --
en el que disidentes de un secta religiosa reclama--
ban la propiedad de una Iglesia de Louisville. El --
tribunal del Estado había concedido la propiedad al
grupo local en contra de un edicto del Consejo Supre--
mo de esta Religión a la que pertenecía el grupo lo--
cal. El T.S. en Watson v. Jones (1.396) determinó en
tre otras cosas que cuando la propiedad ha sido ad--
quirida por un grupo o sociedad perteneciente en el
momento de la adquisición a una religión determinada,
son los órganos de ésta última los que deciden la --
disputa, por la que tienen que pasar los tribunales
civiles ordinarios; regla del federal common law y,
por tanto, "sin rango constitucional (1.397)".

Con posterioridad, en 1934 y en 1947 respectiva--
mente (1.398), se incorporaron las cláusulas religio--
sas de la primera enmienda.

Poco después, el T.S. tenía que analizar hasta
qué punto podía llegar la intervención estatal en es--
ta materia religiosa. En Kedroff v. Saint Nicholas -
Cathedral (1.399) el T.S. invalidó, como contraria a
la cláusula de libertad religiosa, una ley de New --
York que otorgaba la catedral al grupo de ortodoxos
de New York que se había separado de la Iglesia Orto--
doxa Rusa. Precisamente fue el arzobispo de la cate--
dral, nombrado por la autoridad central moscovista,
quien había impugnado la ley.

En Kreshik v. Saint Nicholas Cathedral (1.400)
el T.S. anuló una sentencia de los tribunales de New
York que habían sostenido la misma posición que el --
Parlamento basándose en el common law estatal. La --
nueva norma (deferencia hacia las autoridades ecle--
siásticas) dejó de ser federal common law para pasar

a ser una norma constitucional derivada directamente de la cláusula de ^{aconjuntividad} libertad religiosa ya que, para el T.S., lo que el Parlamento y los tribunals de New York habían hecho, era dar status de "verdadera" a una facción religiosa (1.401).

En una palabra, una norma que en Jones era de rango ordinario, federal common law había pasado a ser de rango constitucional.

A:4.- A modo de conclusión.

¿Cuál es el valor de conjunto que deba darse a la historia legal entendida como la historia constitucional inglesa y al common law inglés y federal norteamericano?.

La respuesta no es sencilla.

Quizás lo más cerca de la realidad consista en entender que salvo la excepción del período posterior a Murray's (1.402), en que se reconoció abiertamente su valor normativo directo, en el resto de la historia del T.S., incluyendo la actualidad, su valor es el de contenido de otras fuentes normativas reconocidas más abiertamente como tales: el consensus, los valores fundamentales o la intención de los constituyentes.

Normalmente, dotará de contenido a ésta última sirviendo como norma interpretativa del texto, pero lo que interesa resaltar es que el T.S. mira al common law muchas veces como espejo del que, mediante la observación de prácticas estatales y federales, es capaz de extraer, como reflejo, la "fundamentalidad" de determinado valor o el grado de extensión espacial de

determinada norma para comprobar si realmente existe consensus entorno a la aplicación casi universal (en Estados Unidos) de dicha norma.

El common law federal y estatal, como tal, no -- tiene, por definición, rango constitucional. Su valor es, pues, indicativo de la existencia de un estado de ánimo entorno a una práctica legal concreta. La decisión de constitucionalizar la norma del common law es una decisión independiente del T.S. que, por ello, recurre a otra fuente normativa. Sólo cuando el common law estatal o federal se observa en sí mismo como fundamental, equivaliendo a la historia-tradición, es -- cuando actúa como fuente normativa directa. Estas instancias son, sin embargo, extrañas.

El estudio de dos líneas jurisprudenciales de reciente creación en áreas tan diversas como la del proceso final y la de la libertad de expresión puede --- aclararnos mejor lo que anteriormente queríamos expresar a nivel abstracto.

(a).- Arrestos.

En el área del arresto personal por agentes de -- seguridad existe actualmente una dualidad tajante de requisitos constitucionales según el arresto se haga en sitio público o en la propia casa (o de un tercero) del futuro inculpado.

Hasta United States v. Watson (1.403) no se ha-- bía decidido en general el tema de si un arresto personal requiere o no mandato judicial. La verdad es -- que había una numerosísima jurisprudencia dando por -- entendido que el arresto es perfectamente legal no só lo en caso de delito flagrante sino igualmente cuando el agente cree que el futuro arrestado es culpable de

"felony". Sin embargo, como indicó J. Powell, el "dar por entendido" no es precedente, sino mero obiter dictum (1.404), aparte de que "la existencia de una práctica en sí misma, no equivale a su constitucionalidad (1.405)". Se hacía, por tanto, necesario examinar ex novo el tema: un arresto sin orden judicial (1.406) - ... ¿contraviene la cuarta enmienda?.

Dado el supuesto de hecho motivador de United States v. Watson (1.407) el T.S. se limitó a formular la norma constitucional específica para los arrestos en lugares públicos (1.408). En 1980 vendría la correspondiente la norma para los arrestos en domicilios y lugares privados (1.409).

Pues bien, ambas normas son totalmente contrarias, pese a que el texto de la enmienda número 4 no hace en absoluto distinción entre los distintos lugares donde puede producirse el arresto.

¿Cuál es el motivo? ... Pura y simplemente: el common law.

Como puso de relieve la opinión mayoritaria en Watson (1.410), la regla tradicional del common law - inglés consiste en que "un agente de la paz puede --- arrestar sin orden judicial por una misdemeanor o por una felony cometida en su presencia, así como por una felony no cometida en su presencia siempre que exista un motivo racional para proceder al arresto (1.411)".

Esta regla del common law se ha conservado intacta en prácticamente todos los Estados (1.412) e incluso el Congreso, a nivel federal, lleva autorizando el arresto sin mandato por los marshals de los Estados Unidos desde 1792 (1.413).

La antigüedad y constancia de la práctica es lo que impide al T.S. constitucionalizar la regla contraria (1.414).

A primera vista, el papel del common law inglés, y su continuación en Norteamérica, parece ser pura y simplemente el de reflejar la inexistencia de consensus entorno a la "fundamentalidad" de la necesidad de la emisión de la orden de arresto por un magistrado, tercero imparcial. La auténtica fuente normativa sería el consensus. Sin embargo, sería engañarnos si -- aceptáramos esta explicación. No se trata tanto del consensus en sí mismo, como de la fuerza que la mayoría otorga al common law como derecho tradicional.

El voto concurrente de J. Powell destaca, por -- ello, que lo que para él es vinculante no es la práctica en sí, sino la eficacia de la medida contraria -- que podría cerrar las puertas a muchas formas de búsqueda de los medios e instrumentos del delito, valor superior al de la invasión de la intimidad que se produce en un arresto público (1.415).

Para J. Powell, aunque "la lógica (de la igualdad de la regla para arrestos y búsqueda de medios e instrumentos del delito) debe a veces rendirse ante -- la historia y la experiencia (1.416)"; es la policy -- implicada (mayor valor de la facilitación de las labores policiales) el motivo determinante; luego, a sensu contrario, "la mayoría pone (demasiado) énfasis en la sanción histórica de los arrestos sin previa orden judicial (1.417)".

El voto disidente (1.418) resalta, por ello, también, el poco valor de la santificación del common law operada por la mayoría. Para J. Marshall, "el contenido de la antigua regla del common law no provee --

soporte alguno para la moderna norma que crea que el T.S.", aparte de que "la existencia durante largo --- tiempo de una práctica gubernamental no inmuniza a --- esa práctica del examen por mandato constitucional --- (1.419)". Mientras que el segundo párrafo va dirigido contra el valor en general de la historia legal, el --- primero, sin embargo, ataca a ésta especialmente cuando la edad distorsiona el significado de los términos, ya que en el common law una felony era algo mucho más grave que las actuales felonies de los derechos estatales norteamericanos. Curiosamente, por ello, la mayor fuerza argumental del voto disidente se dirige --- precisamente a demostrar como la regla del common law era precisamente la contraria: exigencia de orden judicial salvo para delitos muy graves (1.420). En una palabra, para el voto particular, no basta con criticar el uso en general del common law como práctica --- (igual a consensus), sino que se ve obligado, por esa fuerza "santificadora" que se suele otorgar al common law a rebatir la propia interpretación del common law hecha por el T.S.

En eso reside, precisamente, su fuerza; existe un plus, por encima de la simple práctica, que envuelve al common law como fuente. Por eso, cuando alguna sentencia se fundamenta en éste, el voto o la opinión doctrinal contraria, se ve envuelto sistemáticamente en el mismo campo argumental. En ese plus consiste el common law como fuente normativa.

El estudio de la norma contraria para los arrestos en el domicilio del sospechoso o de un tercero --- contribuye precisamente a dibujar ese valor.

En Payton v. New York (1.421) el T.S. decidió --- que la orden judicial para el arresto de un sospechoso en la casa donde vive o donde hay razón para creer

que se encuentra es un requisito absolutamente necesario conforme a la enmienda número 4. De nuevo, gran parte del voto mayoritario (1.422) se dedica pura y simplemente al estudio de la regla del common law inglés, regla que aparece como ambigua, siendo uno de los clásicos enfrentamientos entre Coke y Blackstone, por lo que J. Stevens llega a discutir, incluso, el relativo peso de cada uno de los autores en el Derecho norteamericano. En su conjunto, "resulta obvio que la norma del common law relativa a los arrestos judiciales en los hogares no era una regla tan clara como la existente para los arrestos en lugares públicos (1.423)". "por ello, el estudio del common law aplicable al caso no proporciona la misma guía que en Watson ... En todo caso, no puede decirse que la cuestión que hubiera sido fijada definitivamente por el common law en la época en que se redactó la cuarta enmienda (1.424)".

Para J. Stevens, en este caso, el common law no es una fuente normativa, sino que sólo es relevante en cuanto pueda mostrar la voluntad de los constituyentes (1.425). En Payton, por tanto, el common law se vincula al originalismo, cosa que no sucedía en Watson. Ello no es quizás sino una muestra más de como el originalismo en sí mismo depende de otras fuentes distintas de los debates constitucionales. Se trata de otro tipo de originalismo: no lo que entendían los constituyentes sino el common law en sí mismo como indicativo de lo que podían entender. Un esquema estricto de fuentes interpretativas quedaría contento con lo primero; para el que busca la auténtica fuente de las normas constitucionales la práctica en el common law no pierde en Watson su "santificación". El T.S. simplemente dice que la norma es ambigua. Cualquier fuente pierde valor si su contenido es el de la ambigüedad. J. Stevens lo que hace es dar preva-

cia a una fuente, las ideas de los constituyentes y - de la sociedad norteamericana de finales del siglo --- XVIII acerca de la inviolabilidad del domicilio ----- (1.426), sobre otra, el common law, pero resaltando - que esta segunda no llevaría a ninguna regla concreta: se salva así la desmitificación del common law como - fuente.

(b).- Libertad de expresión y leyes antilibelo.

Otra forma de operar totalmente distinta del --- common law es la de prestar sus concepciones básicas al mundo del Derecho Constitucional. Cuando se consti- tucionaliza un área jurídica previamente considerado de rango legal y, por tanto, regulada por el common - law o las leyes estatales, todas las doctrinas y con- ceptos básicos que regulaban el área o la institución se adoptan en la jurisprudencia constitucional con in- dependencia de que esos conceptos o instituciones sur- tan la misma efectividad, u otra distinta, que tenían cuando sólo eran ordenamiento jurídico de carácter or- dinario.

En este caso, el common law es el sustrato sobre el que opera la nueva normativa constitucional por lo que no es realmente la fuente, sino el material jurí- dico que las fuentes de la constitucionalización mode- lan.

La jurisprudencia entorno a la constitucionali- dad de la responsabilidad civil por el delito de inju- rias-calumnias (la difamación del common law) puede - aclararnos este punto.

Al igual que ocurría con los arrestos sin orden judicial, tradicionalmente se había considerado que - las expresiones difamatorias no estaban protegidas --

por la libertad de expresión de la primera enmienda. Los dicta del T.S. eran numerosos (1.427). Sin embargo, en 1964, en New York Times v. Sullivan (1.428), - el T.S., en una de las más significativas sentencias de J. Brennan, extendió la protección de la primera - enmienda a las calumnias o/e injurias. La fuente moti- vadora de la extensión fue la suprafundamentalidad -- del principio de la libertad de expresión: "el res- pe- to nacional al principio de que el debate acerca de - cuestiones públicas debería ser robusto, inhibido y - abierto, pudiendo a veces incluir ataques vehementes, casuísticos e incluso desagradablemente agudos al go- bierno y a los servidores públicos". El fundamento -- puede igualmente considerarse el de la subsunción de hechos determinantes: chilling effect (1.429) de las leyes que permiten la indemnización derivada de res- ponsabilidad civil contra los que al amparo de la li- bertad de expresión resultaⁿ, conforme a la ley esta- tal, haber calumniado o injuriado (1.430).

Sea como fuere, el T.S., rehuyendo la posibili- dad de un pronunciamiento limitado a los hechos del - caso (1.431), formuló una regla general: la primera - enmienda protege a los libelos y sólo la prueba de "ma- licia (1.432)" procedente del medio que publica la no- ticia puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios. En una palabra, la inconstitucionalidad - de prácticamente 50 leyes o doctrinas judiciales esta- tales.

Sin embargo, la constitucionalización de un área como el del tort por difamación tenía necesariamente que moverse dentro del esquema conceptual pre-existen- te: nociones como las del daño indemnizable, el nivel de negligencia exigible, los tipos de defensas alega- bles, ... etc., etc., tienen que seguir operando aun-

que sea ahora a nivel constitucional.

La inter-relación common law-Derecho Constitucional se hace mucho más aguda en las delimitaciones del principio fijado en Sullivan (1.433). Desde Gertz v. Roberts Welch Inc. (1.434), por ejemplo, los Estados son libres de regular con leyes antilibelo la responsabilidad civil por difamaciones de individuos "privados" envueltos en asuntos de interés público, siempre que no impongan responsabilidad objetiva y siempre -- que no permitan la indemnización por daños presuntos o penales (1.435). Cuando el individuo difamado personifica a algún órgano estatal o federal, o simplemente es una figura pública en la vida de sociedad, todos los requisitos son los de Sullivan: total invalidez de la norma estatal salvo que coincida con la judicial-constitucional: prueba de la "malicia" como requisito de la indemnización, que es sólo por daños -- reales.

Sólo a través del aparato conceptual y casuístico previo del common law se puede llegar a entender -- el conjunto (del que estas líneas no son sino un dibujo elemental) de matices que el llamado "derecho del libelo constitucional (1.436)" cubre.

El common law, por tanto, al contrario de lo que a primera vista pueda parecer por la lectura de decisiones del T.S., no es una fuente tan omnicomprensiva de normas constitucionales subsidiarias.

Muchas veces el common law aparece porque es sólo la acción estatal (1.437) contra o sobre la que -- opera la decisión constitucional.

Pese a que constantemente salga a relucir en las sentencias del T.S., en resumen, el common law opera

a veces como una fuente especialmente "santificada" y a veces como el simple presupuesto de hecho jurídico sobre el cual va a pronunciarse la sentencia constitucional, mientras que, en la mayoría, es simplemente un elemento más del consensus del conjunto de los ordenamientos jurídicos de los 50 Estados y federal o bien forma parte de la interpretación de la voluntad originaria de los constituyentes.

B.- EL DERECHO DE LOS 50 ESTADOS.

B:1.- El Derecho estatal como common law o como práctica.

Todo lo señalado en el apartado anterior respecto del common law anglonorteamericano como fuente es prácticamente aplicable en este epígrafe.

No hay un sólo caso donde el T.S., antes de ir a formular una subnorma constitucional de algún alcance, no examine la situación de la legislación en los 50 - Estados.

Es más, desde Erie Railroad Co. v. Tompkins ---- (1.438), el federal common law no existe prácticamente como derecho sustantivo (1.439), por lo que, cuando el T.S. utiliza el common law como fuente, normalmente está utilizando el Derecho estatal. En cierto modo incluso el statutory law estatal es considerado como la prolongación del antiguo common law.

El Derecho estatal entronca así directamente con el common law siendo en cierto modo indiferente que - el Estado haya adoptado la regla como norma de common law (es decir, creada por sus tribunales) o como derecho legislado por el correspondiente parlamento esta-

tal.

El common law pierde algo de su "santidad" para cobrar fuerza como práctica legal, práctica que si bien ^{tiene} no ~~valor~~ por sí misma (en contra de lo que ocurre con el common law tradicional), sí la tiene indirectamente como reflejo de la existencia o inexistencia del consensus o como historia legal real-actual.

Por utilizar dos ejemplos ya conocidos podemos volver a los casos relativos a los arrestos personales.

En ambos casos el T.S. negó que la práctica estatal en sí misma tenga relevancia alguna; sin embargo, sí la tuvo en cuenta como reflejo de lo que en la actualidad ocurre en la vida norteamericana, negación que hemos visto que es más formal que real.

En United States v. Watson (1.440) el T.S. se ocupó de resaltar que "el equilibrio a que llegó el common law al autorizar el arresto por felony sin necesidad de orden judicial, ha sobrevivido prácticamente sin modificación alguna. La norma aparece en la casi totalidad de los Estados en la forma de expresa autorización legal".

En Payton v. New York (1.441) la práctica estatal era la contraria en términos absolutos. "La mayoría de los Estados permiten la entrada en domicilio particular sin orden de arresto, incluso en casos en que no existe delito flagrante. En estos momentos 24 Estados las permiten (23 por ley y 1 por common law); 15 la prohíben expresamente (4 por ley, 1 por common law y 10 por interpretación de la Constitución federal); y 11 Estados aparentemente no han tomado posición (en 3 los tribunales han expresado dudas acerca

de la constitucionalidad de tales arrestos). Pero estos datos muestran una decadencia bastante significativa en la última década del número de Estados que permiten la entrada en domicilios particulares para arrestar sin orden judicial".

Es esta decadencia, entre otros factores, lo que permitiría a J. Stevens considerar que la enmienda número 4 requiere orden judicial para los arrestos en domicilios privados. Su valor se acentúa si se compara con la "virtual unanimidad" de la legislación de todos los Estados respecto de la regla contraria, cuando el arresto se hace en un lugar público.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Cuando Mapp v. Ohio (1.442) extendió la exclusionary rule a los Estados, más de la mitad de ellos la habían adoptado ya entre 1949 y 1961 pese a que en 1949 el T.S. había rechazado expresamente que debieran aplicarla como requisito constitucional, diferenciando su régimen del que sí era necesario en el ordenamiento federal (1.443).

Sin embargo, insisto, nunca el T.S. se apoya exclusivamente en el Derecho estatal. Normalmente incluso la situación es la contraria.

B:2.- La especialidad del Derecho Constitucional estatal: un excelente laboratorio.

El tema cobra especial relevancia cuando la norma estatal proviene directamente, o por interpretación judicial, de su propia Constitución.

Y la relevancia se deriva del hecho de que entonces lo que el T.S. pueda decir sólo tiene trascenden-

cia cuando el Derecho Constitucional estatal limita al constitucional federal.

En una palabra, si el Derecho Constitucional esta tal amplía la esfera de los derechos individuales, el Derecho estatal prima sobre el constitucional federal.

Esta afirmación parece obvia, pues lo que la Constitución federal establece son mínimos, frente al go--bierno federal y los Estados. Las declaraciones de derechos de las constituciones estatales pueden ser más amplias que la Constitución federal, no infringiéndola entonces. Sin embargo, esta afirmación que no parece --contener ningún elemento extravagante no debe dejarse caer sin más por las razones que a continuación vere--mos.

Históricamente el tema sólo ha cobrado realmente relevancia en tiempos muy recientes. Efectivamente, --las declaraciones de derechos estatales no sólo prece--dieron sino que inspiraron directamente a la federal, cuya limitación de eficacia frente a los Estados se basaba precisamente en la preexistencia de las mismas. --Incluso la idea misma del judicial review se había fraguado en parte en tribunales estatales de Virginia, --New Hampshire, North Carolina y Rhode Island (1.444).

Sin embargo, el Derecho Constitucional estatal --quedó prácticamente "paralizado" haciendo necesario el proceso de incorporación del Bill of Rights de la Constitución federal a los Estados. El propio T.S. incita--ba de vez en cuando a los Estados para que, usando su propio ordenamiento jurídico, introdujeran normas constitucionales que dicho T.S. había creado sólo para el ámbito federal, pero que no se atrevía a incorporar --por entero (1.445). El T.S. marchaba a la cabeza.

Pero el Tribunal Burger "trajo un nuevo orden -- (1.446)", al menos en diversos aspectos como lo fueron principalmente los de la marcha atrás en la inclusión de la discriminación por razón de la condición social dentro del principio de igualdad y en el área del Derecho Procesal Penal (1.447), con lo que los tribunales estatales, que se empezaban a ver^{se} impregnados de los éxitos del Tribunal Warren, decidieron, en parte, seguir hacia adelante con el "progresismo" de éste.

El fenómeno de los tribunales estatales "yendo -- más allá" que el T.S. es, por tanto, de una existencia relativamente reciente y corta.

El tema no tendría tampoco mucho de extraordinario si no fuera porque las declaraciones de derechos de las constituciones estatales tienen, si no, el mismo lenguaje en muchas de sus cláusulas, al menos -- un texto prácticamente idéntico, por lo que en realidad se produce la yuxtaposición entre el Derecho Constitucional estatal y el federal que, teniendo el mismo texto, no tienen el mismo alcance.

(a).-- El soporte constitucional de la independencia del Derecho Constitucional estatal.

El soporte doctrinal de la independencia del Derecho Constitucional estatal no es otro que la llamada doctrina del fundamento estatal independiente y adecuado (independent and adequate state ground doctrine).

"Como regla general puede decirse que el T.S., -- cuando revisa una sentencia de un tribunal estatal, -- sólo examina las cuestiones federales y no las de Derecho estatal (1.448)". Este principio, que obedece --

pura y simplemente al reparto de jurisdicción entre los tribunales estatales y los federales, según J. -- Jackson (1.449) implica que el último tribunal en materia de Derecho estatal es, siempre que no implique algún caso de jurisdicción del T.S. que está limitada a lo enumerado en el artículo III de la Constitución, el correspondiente Tribunal Supremo estatal.

La regla no plantearía más problemas si no fuera porque su aplicación práctica puede dar lugar a enormes complejidades, ya que los hechos nunca encajan directamente en una u otra categoría de Derecho (1.450).

El problema más típico en el campo que ahora examinamos (el del Derecho Constitucional estatal) es el de la ambigüedad del fundamento del fallo de muchas -- sentencias de tribunales estatales (1.451).

Pese al intento de algunos autores, como Linde, de instaurar como requisito necesario una jerarquía -- del examen de las normas, debiendo los tribunales estatales decidir la cuestión atendiendo primero a su -- propio Derecho y luego al federal (1.452), lo cierto es que la práctica actual es de un cierto confusionismo.

El T.S. puede pedir clarificación al tribunal estatal. Clarificación que a veces se limita a una contestación indicando que efectivamente el tribunal -- aplica el Derecho estatal (1.453).

El tribunal estatal, por tanto, tiene las "car--tas en la mano" a la hora de determinar incluso a posteriori el fundamento del fallo.

Ello le permite hablar a la vez a la audiencia -- estatal y nacional. La ambigüedad es, a veces, total--

mente intencionada para permitir al T.S. entrar en el examen de la cuestión federal si lo cree conveniente, a la vez que asegura la no revisión de la sentencia y de la doctrina del Derecho Constitucional estatal si el T.S. decide no tomar la misma postura (1.454).

Esta ambigüedad se ve favorecida por la similaridad de textos constitucionales pero ha preocupado por que pone en duda el auténtico fundamento del fallo.

Pero, vayamos par partes.

(b).- La similitud en la redacción del texto de los preceptos constitucionales.

Pese a que, como es lógico, los textos constitucionales difieran de Estado a Estado y respecto a la Constitución federal, las principales cláusulas de la Constitución federal se encuentran frecuentemente repetidas normalmente por un proceso de mimetismo.

Tal ocurre, por ejemplo, como hemos visto, con la cláusula de igualdad de la Constitución de California (1.455) o las de due process (1.456), search and seizure (1.457) y el privilegio de autoacusación de la Constitución del mismo Estado (1.458).

Pero, naturalmente, California no es la excepción; el requisito de jurado, sin especificar el número de la Constitución de Rhode Island (1.459); el privilegio de autoacusación de la de Hawaii (1.460) o de la Maine (1.461); la cláusula de search and seizure de la de Oklahoma (1.462); la cláusula de law of the land, equivalente a la de due process como ya sabemos (1.463), del texto constitucional de North Carolina (1.464) o, con igual equivalencia, la de due course of law de la Constitución de Kansas (1.465) o la de -

due process de Alaska (1.466) o, en general, las cláusulas de libertad de prensa y de expresión que prácticamente contienen todas las Constituciones (1.467). - Todas estas cláusulas no son sino un ejemplo descriptivo del fenómeno cuyo estudio detallado sería mucho más complejo.

Los propios tribunales estatales no se ponen de acuerdo en si la interpretación debe ser paralela a la del texto federal (1.468), pero no existe en realidad tal requisito (1.469), sino que éste es precisamente el campo de la aplicación por excelencia de la doctrina del fundamento estatal adecuado e independiente.

Ni qué decir tiene que, en numerosos casos, los tribunales estatales aprovechan diferencias mínimas - en el texto para reivindicar el fundamento estatal de la sentencia. Un caso curioso lo constituye la declaración de inconstitucionalidad por cruel de la pena - de muerte por el Tribunal Supremo de California. Para ello People v. Anderson (1.470) aprovechó la redacción disyuntiva en vez de copulativa de la prohibición de castigos crueles o/e inusuales (1.471), aunque, de nuevo, para no perder audiencia en otros Estados, cuando el T.S. todavía no se había enfrentado directamente al tema (1.472), declaró que de todas formas también era inusual (1.473).

Los ejemplos podrían multiplicarse de nuevo (1.474), pero quizás lo que más interesa resaltar es que, a veces, la similitud consiste simplemente en la constancia en el texto estatal de algún derecho que el T.S. ha constitucionalizado por otras vías como pueda ser típicamente el right of privacy (1.475).

Aparte de ello, naturalmente, en la inmensa mayo

ría de los casos el lenguaje de las Constituciones estatales, aunque basado en los mismos principios del Bill of Rights, suele ser mucho más específico y explícito por lo que el Derecho Constitucional estatal tiene a veces una raíz creativa directa, no por interpretación judicial, más expresiva de los tiempos reales que su versión federal, ya que la revisión de las Constituciones estatales es un fenómeno mucho más simple de realizar por los menores requisitos procedimentales que exige (1.476).

Tanto donde hay similitud textual, como donde la especificación es mayor, el valor para el T.S., como reflejo de la vida constitucional de Estados Unidos, es inigualable, como veremos.

(c).- La similitud de fuentes.

Curiosamente, no sólo puede el Derecho Constitucional estatal (en este caso el judicial) tener influencia como derecho sustantivo, sino que también puede tenerla como reflejo de las fuentes de donde el T.S. "extraerá" sus normas en el desarrollo del Derecho Constitucional federal.

Desde su origen se criticó a esta independencia del Derecho estatal como "orientada por el resultado" (result-oriented) (1.477). Los principales artífices de la oposición a este movimiento han sido precisamente los jueces estatales en sus votos particulares a las sentencias de los tribunales estatales de los que formaban parte (1.478). Incluso los proponentes como J. Brennan (1.479) o simpatizantes (1.480) del movimiento "más progresivo" de los tribunales estatales han visto su justificación en la necesidad de una fundamentación vigorosa de las sentencias.

La gama de justificaciones va desde la simple -- afirmación de la necesidad de independencia de criterio (1.481), hasta la historia (1.482) o tradición -- propias de un Estado (1.483), pasando por el Derecho Natural (1.484), la copia de los votos particulares -- de los jueces del T.S. (1.485), los precedentes ---- (1.486), el poder supervisor de los tribunales (1.487) o, en el caso de coincidencia con el T.S., la necesidad de uniformar ambos ordenamientos constitucionales (1.488).

En realidad, el T.S. nunca se ha sentido vinculado por la selección de fuentes hecha por el tribunal estatal, aunque, naturalmente, las examina.

Quizás lo contrario, total independencia del T.S. en su selección, sea la norma general. Existen incluso casos claros de disparidades.

La permanencia del substantive due process económico en el ámbito estatal (1.489) ha llevado a resultados idénticos a los alcanzados por el T.S. a través de la primera enmienda.

El Tribunal Supremo de Pennsylvania declaró inconstitucional en 1971 una ley prohibiendo el anuncio de "medicinas peligrosas" (1.490). El T.S. ha llegado en 1976 al mismo resultado pero por la vía de incluir la propaganda comercial bajo el manto protector de la libertad de expresión de la primera enmienda. Aunque Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc. (1.491) tiene una mezcla de fundamentos entre los que destaca el de la protección de minorías como son los pobres, los de edad avanzada y los enfermos (1.492), lo cierto es que J. Blackmun últimamente recurrió a la "necesidad de la existencia --

del flujo de información en un sistema de economía de mercado" como uno de los fundamentos claves para proteger la propaganda comercial. El substantive due process económico no estaba lejos.

Como puede fácilmente apreciarse la disparidad - (due process-libertad de expresión) es, pues, sólo -- aparente, siendo las fuentes clásicas que operan bajo la apelación formal a cada una de las cláusulas ---- (1.493) las que hacen que el tema bajo una forma u -- otra surga tanto en los tribunales estatales como en el T.S.

Este aspecto metodológico no resaltado lo suficiente en la doctrina norteamericana (1.494) no hay -- que dejarlo caer en el olvido.

(d).- La función del Derecho Constitucional esta tal.

En definitiva, ¿qué valor tiene el Derecho Constitucional estatal sustantivo?.

Independientemente de vigorizar otros principios constitucionales ~~federales~~ como ocurre singularmente con el principio federal (1.495) sin gran costo antidemocrático (1.496), el Derecho Constitucional esta tal es un elemento muy útil para el T.S. en su elaboración del Derecho Constitucional a nivel federal.

El profesor Howard ha resumido ese valor dando -- especial relevancia a dos aspectos concretos: la expe rimentación y el reflejo de los valores consensuados.

"La tradición de los Estados como experimentadores es una costumbre venerada desde antaño (1.497)". Cuando el T.S. crea una nueva norma no tiene que preg

cuparse de su impacto pues normalmente si se viene -- aplicando en varios Estados su alcance ya ha sido pre visto, sin contar naturalmente que es la riqueza de - fuentes lo que permite al T.S. elegir con más facili dad entre distintas subnormas constitucionales (1.498).

En cuanto al segundo de ellos, "las Constitucio- nes estatales son un espejo muy especialmente útil de valores fundamentales (1.499)". Efectivamente, cada - generación de Constituciones estatales (1.500) "funda^u mentaliza" una serie de valores que tarde o temprano acaban por reflejarse en la interpretación judicial - de la Constitución federal. En este sentido, el Dere- cho estatal sirve efectivamente como espejo donde re- flejar el consensus.

Se trata, pues, de una forma de constatación de valores consensuados parecida a la del control de la existencia de determinadas tendencias legislativas o del common law estatal como factor puramente indicati^u vo de las tendencias ~~subglobales~~ hacia donde se orien^u ta el Derecho Norteamericano (1.501).

Junto a estos dos aspectos fundamentales hay que recoger otros dos mucho más prácticos.

En primer lugar, qué duda cabe de que los tribu- nales estatales, al desarrollar su propio Derecho Cons^u titucional, estimulan un diálogo horizontal, con los tribunales de otros Estados, y vertical, con el T.S. y sus propios tribunales inferiores (1.502).

En segundo lugar, existe un elemento implícito - en la doctrina del fundamento estatal adecuado e inde^u pendiente que no ha recibido suficiente énfasis. Si - la norma estatal más liberal va a quedar como defini-

tiva, ¿no pesará en el T.S. la idea de que su doctrina puede quedar simplemente obsoleta por falta de --- aplicación, salvo en una minoría de Estados?. En realidad eso ocurre a veces y el T.S. no ha cerrado los ojos ante este fenómeno. De nuevo utilizando un ejemplo que nos es familiar, en Payton v. New York ---- (1.503), J. Stevens puso de relieve este aspecto del Derecho Constitucional estatal: "Siete tribunales estatales han sostenido recientemente que los arrestos en domicilio privado sin orden judicial violan sus -- respectivas Constituciones estatales. Ello es significativo porque al invocar un precepto de la Constitu-- ción estatal, el tribunal del Estado inmuniza su deci-- sión de la posible revisión por este Tribunal. Este - elevado grado de inmutabilidad pone de relieve la pro-- fundidad del principio en el que se basa el resultado (1.504)".

No quedaría, sin embargo, completo este apartado si no pusiéramos de relieve la moderna tendencia del Tribunal Burger de limitar la doctrina del fundamento estatal independiente y adecuado.

La regla tradicional de esta doctrina consiste o bien en negarse a revisar la sentencia del tribunal - estatal siempre que baste, por independiente y adecua-- da, la interpretación del Derecho estatal (1.505), o bien en anular la sentencia con devolución del caso - para que, en una nueva opinión, el tribunal estatal - aclare cuál es el Derecho que realmente aplicó ---- (1.506), o bien, finalmente, en pedir aclaración de - la sentencia al tribunal estatal (1.507).

Sin embargo, el Tribunal Burger, en Delaware v. Prouse (1.508), ha comenzado a interpretar muy res-- trictivamente la existencia de ambigüedad real en el

fundamento (de Derecho estatal versus federal) de las sentencias de los tribunales estatales.

~~Frente al~~ ^{Haciendo} uso de las técnicas investigadoras del fundamento real, el T.S. ha comenzado a investigar por sí mismo si la sentencia del tribunal estatal realmente se basaba o no en el Derecho Constitucional federal.

En Delaware, J. White no dudó en indicar que "el Tribunal Supremo de Delaware no pretendía basar su decisión independientemente en la Constitución estatal". Para ello, utilizó las palabras de la sentencia que hablaban de que los preceptos de search and seizure de la Constitución estatal, equivalentes a los de la enmienda número 4 del texto federal, "serán interpretados automáticamente al menos tan ampliamente como la cuarta enmienda". Esta confesión le bastó a J. White para concluir que "este es uno de los casos donde, como poco, el tribunal (estatal) se sentía obligado por lo que interpretaba qué era doctrina constitucional federal para construir así el Derecho estatal como lo hizo". En suma, para el T.S., el Tribunal Supremo de Delaware había "mal interpretado" el Derecho federal, por lo que el T.S. debía entrar a enjuiciar el tema.

Sin embargo, para J. White, este procedimiento habilitaría realmente al tribunal estatal para que, si enjuiciaba el tema, lo hiciera de verdad atendiendo a su propio Derecho. Se trata, por tanto, más de salvaguardar la construcción estatal del Derecho federal -- que de recortar las posibilidades de los tribunales estatales en la elaboración de su propio Derecho.

Pasamos, por ello, al epígrafe siguiente que acaba por mostrarnos este problema, el de la elaboración por los tribunales estatales del Derecho Constitucional

no estatal sino propiamente federal.

B:3.- El desarrollo estatal del Derecho Constitucio--
nal federal.

Cuestión distinta a la examinada en el anterior epígrafe es la de si los tribunales estatales pueden formular Derecho Constitucional federal y ^{si} revisable - por el T.S.

De hecho, resulta obvio que esta situación puede producirse cuando el órgano que formula el Derecho es cualquier otro distinto del T.S., incluidos los tribunales federales inferiores.

Mientras algún caso no llegue al T.S., la formulación del Derecho Constitucional federal corresponde al órgano de que se trate.

Sin embargo, puede formularse de otra forma más agresiva. ¿Puede admitirse que, pese a que la norma formulada por el T.S. sea clara y tajante, los tribunales estatales vayan más allá en la formulación del Derecho Constitucional federal?.

No hay duda de que ello puede ocurrir y ocurre - en el caso de que ese órgano sea el Congreso (1.509). ¿Ocurre lo mismo con los tribunales estatales?.

Tradicionalmente la respuesta parecía ser afirmativa. Lo único que siempre preocupó a los constituyentes es que los tribunales estatales recortaran el Derecho federal, incluido el constitucional, pero no lo contrario.

Tan es así, que el T.S. no tuvo hasta 1914 juris

dicción para revisar las sentencias de los tribunales estatales cuando éstas eran favorables al Derecho federal. Sólo a partir de ese año se otorgó al T.S. jurisdicción para revisar también las sentencias favorables al Derecho federal (1.510), revisión que es discrecional pues se apoya en el uso del writ of certiorary al contrario que la revisión de las sentencias - que hacen primar al Derecho estatal sobre el federal, en que el recurso se construye como apelación obligatoria.

Modernamente, sin embargo, el T.S. ha ^{adm. Tido} ~~negado~~ abiertamente en Oregon v. Haas (1.511) que "los tribunales estatales ~~no~~ puedan imponer ... mayores restricciones (a su policía) basándose en el Derecho Constitucional federal si este Tribunal rehuye explícitamente imponerlos".

La sentencia del Tribunal Supremo de Oregon era la equivalente al People v. Disbrow del Tribunal Supremo de California (1.512) pero en vez de basarse en su propio Derecho, o en ambos (1.513), lo que habría cerrado las vías a la revisión por el T.S., se basó sólo en la quinta enmienda de la Constitución federal.

Sin embargo, el tema es más que discutido en la doctrina porque puede enfocarse como el de una "norma subaplicada (1.514)", o más ampliamente todavía, como la ejecución literal de una sentencia del T.S., Harris v. New York (1.515), cuya debilitación de Miranda no cierra las posibles vías por las que los Estados - podrían aplicar la quinta enmienda en su totalidad - (1.516).

El T.S., sin embargo, lo más que puede llegar a hacer es simplemente dejar hacer. Efectivamente, dado que su jurisdicción en estos casos sería discrecional,

podría denegar el certiorary como medio para dejar a los tribunales estatales elaborar un Derecho Constitucional federal de alcance más amplio que el que él mismo impone como uniforme para los 50 Estados al considerar desarrollo directo de la Constitución.

Recientemente se han observado votos particulares contra la admisión de los writs of certiorary basándose en esta idea. En Idaho Department of Employment v. Smith (1.517) el T.S. anuló una sentencia del tribunal estatal que sostenía la inconstitucionalidad de una ley que denegaba prestación de desempleo a trabajadores por el hecho de asistir a la escuela durante el día (no si asistían a clases nocturnas). Pues bien, J. Stevens, disidente en parte, indicó que "aunque el Tribunal Supremo de Idaho hubiera incurrido en error en el uso de la enmienda número 14 ... no creo que ese error sea suficientemente grave para justificar el ejercicio por el T.S. de su poder discrecional de revisión ... al no implicar una cuestión realmente de importancia nacional (1.518)". Sólo si se alcanza una mayoría de seis miembros puede entonces el T.S. - dejar vía libre a la elaboración constitucional federal por los tribunales estatales.

De todas formas, el tema sustantivo concreto seguiría indeciso como tal doctrina constitucional sin el imprimatur del T.S.

Finalmente, conviene insistir precisamente en -- que el Tribunal Burger no parece muy dispuesto a seguir esta política de denegaciones del writ of certiorary.

De hecho, el ejercicio de esta jurisdicción ha aumentado considerablemente comparado con el uso que de dicho writ hacía en estos casos el Tribunal Warren

(1.519).

Debe recordarse, además, que la nueva utilización de la doctrina del fundamento estatal adecuado e independiente por el T.S. en Delaware v. Prouse (1.520) — puede interpretarse precisamente como una cortapisa directa a las posibilidades de construcción estatal del Derecho Constitucional federal al no dejar el T.S. a los tribunales estatales que, en caso de que vayan a preveer que el T.S. va a recortar la doctrina, acudan al expediente de clarificar que la doctrina fijada en el caso podía interpretarse como derivada sólo del Derecho Constitucional propio (1.521).

El Tribunal Burger, en suma, no parece muy dispuesto a dejar que se rompa la uniformidad en la interpretación del Derecho Constitucional federal.

No quedaría completo este breve repaso del valor de la interpretación estatal del Derecho Constitucio--nal federal sino se hiciera referencia a los supuestos en que la doctrina del tribunal estatal es considerada casi como cuestión de hecho por el T.S., como encargado de revisar la sentencia del Tribunal Supremo esta--tal.

Un ejemplo puede aclarar mejor a que me refiero. La promulgación por California de la célebre proposi--ción 14 (1.522), constitucionalizando la total liber--tad de contratación inmobiliaria, fue anulada por el Tribunal Supremo de ese Estado como contraria a la ---cláusula de igualdad. El T.S. se encontró con que la justificación para anular la enmienda constitucional californiana ofrecía bastantes dudas (1.523).

Una de las explicaciones de Reitman v. Mulkey ---

(1.524) ofrecida por la doctrina es que "a lo largo de la sentencia del T.S. subyace constantemente la idea - de que el fallo del Tribunal Supremo de California es una especie de confesión de error." El fiscal general - de California ayudó a que diera esta impresión al suscribir un escrito como amicus curiae en contra de la - revisión de la sentencia estatal.

La idea parece haber sido ésta: si el Estado, por medio de sus más altos tribunales y funcionarios, indican que California ha hecho algo inconstitucional, -- ¿por qué va a estar en contra de ello el T.S.? (1.525).

El T.S. lo pudo hacer así en este caso porque lo único discutible era si la acción del constituyente californiano favorecía o animaba la discriminación ---- (1.526) y eso es en cierto modo asimilable a una cuestión de hecho que el T.S. a veces prefiere delegar en los tribunales inferiores.

Cuando tal asimilación (entre doctrina y hechos - constitucionales) es menos real, o simplemente inexistente, el T.S. no puede utilizar, o no quiere como ya hemos puesto de relieve antes, este mecanismo de dejación. Reitman, por otro lado, no constituye una dejación, por no ejercicio de la competencia jurisdiccional, sino una apreciación enmarcada en el estudio del fondo del asunto.

IV:7.- LAS DOS FUENTES QUE MAS APROXIMAN EL PROCESO DE ADJUDICACION AL PROCESO LEGISLATIVO: LAS LLAMADAS JURISPRUDENCIA POLITICA Y EMPIRICA.

A.- LA LLAMADA "POLITICAL JURISPRUDENCE".

A:1.- Introducción.

Por political jurisprudence se puede entender multitud de cosas aunque la popularización de la terminología se debiera a Shapiro quien intentó darla un contenido -- concreto como se verá más adelante.

Hemos recogido el término para reflejar todas aquellas corrientes que están relacionadas con la idea de -- que la justicia constitucional es un fenómeno típicamente político más que jurídico, haciendo hincapié, de una forma u otra, en la imposibilidad, o falacia, de los intentos de juridificar el fenómeno político-constitucional.

Que el ejercicio de la función de la justicia constitucional está relacionada con un "algo" que la hace peculiar y que ese "algo" está vinculado a lo político -- es un hecho incontrovertible.

Quizás la más célebre afirmación relativa a la justicia constitucional sea la tantísimas veces citada confesión de J. Cardozo cuando, después de largos años del ejercicio de la judicatura en el Tribunal ^{de Apelación} ~~Supremo~~ de New York fue llamado al T.S. norteamericano. Comparando ambos tribunales, afirmó: "(El Tribunal de Apelación de -- New York) es un gran tribunal de common law: los problemas que resuelve son problemas jurídicos. El T.S. se ocupa, en cambio, principalmente de la interpretación de -- las leyes -tarea que es difícil apreciar como interesan-

te- y de la política (1.527)".

Afirmaciones de este tipo son corrientes y no sólo en los Estados Unidos, de ahí que convenga precisar hasta qué punto lo político es una mera consecuencia - del objeto enjuiciado o, por el contrario, forma parte intrínseca del método constitucional como fuente de interpretación. En pocas palabras, corresponde ahora indagar hasta qué punto es verdad la afirmación de Kurland en el sentido de que el T.S. opera en un continuum entre la actuación típicamente política y la típicamente judicial (political or judicial modes) (1.528).

A:2.- La political jurisprudence entendida como la solución jurídica de conflictos políticos.

La forma más suave de political jurisprudence es aquélla que, reconociendo que los conflictos que el T. S. trata de resolver son políticos, sin embargo, no -- traslada la categoría desde el objeto (conflictos políticos) al método ; éste, sigue siendo jurídico, tanto -- formal como materialmente (1.529).

En este sentido califica al T.S. de político J. - Jackson dividiendo su jurisdicción en asuntos jurídicos y políticos para limitar los primeros a los asuntos no constitucionales.

Para J. Jackson la función política del T.S. consiste en equilibrar una serie de poderes constitucionales, políticos por naturaleza; "primero, entre el Ejecutivo y el Congreso; segundo, entre la Federación y los Estados; tercero, entre los Estados; cuarto, entre la Autoridad estatal, o nacional, y la Libertad Individual o entre el mandato jurídico de la mayoría y los -- derechos del individuo (1.530)".

Pero el propio J. Jackson se cuida mucho de precisar que lo hace conforme al método jurídico, sea expresamente: "el tribunal debe enfrentarse a temas políticos en forma jurídica (1.531)", sea reconociendo que la política en sí misma no es una fuente interpretativa válida: "estas controversias deben resolverse atendiendo bien a las experiencias o afirmaciones de los constituyentes como expresión de la voluntad originaria o por referencia a hechos y corrientes de opinión posteriores que se consideran con fuerza vinculante -- bastante (1.532)".

Hay que reconocer, sin embargo, que existe en J. Jackson un atisbo de duda acerca del origen de ese "poder vinculante" de otros "hechos y opiniones", porque para nada aclara cuáles sean éstos ni de dónde proceda su fuerza vinculante.

Finalmente, conviene señalar que J. Jackson sí admitía la validez de la filosofía política como fuente de interpretación (1.533).

En todo caso, lo que ahora nos interesa es resaltar la tajante separación entre método y objeto que es equivalente a la que también se puede hacer entre la sentencia y sus consecuencias, pues nadie pone en duda la eficacia o el impacto incluso a veces exclusivamente político de la jurisprudencia constitucional.

Como dejó el más claro precedente de la idea de la jurisprudencia puramente política (incluso en cuanto al método), Robert A. Dahl, "nadie rechaza que el T.S., o cualquier otro tribunal, debe tomar, y toma, decisiones políticas. Pero esta afirmación no es útil para nosotros (los politólogos). Lo que es crítico es el análisis de hasta qué punto un tribunal puede tomar,

y toma, decisiones políticas, saliéndose de los criterios tradicionalmente jurídicos como el precedente o el texto constitucional (1.534)".

A:3.- El 'policy making' del T.S. como equivalente a la constitucionalización de valores.

Gran cantidad de corrientes doctrinales suelen limitarse a afirmar que el T.S. hace policy. Sin embargo, con ello no se quiere sino expresar el aspecto dinámico de la constitucionalización de valores. La tarea del T.S. consiste en participar en la vida política general de la nación afirmando líneas concretas de actuación y asegurándose de que esas líneas se cumplan.

Sin embargo, el contenido concreto de esas líneas de actuación no son sino los valores que el T.S. decide constitucionalizar o aplicar más estrictamente si ya están constitucionalizados.

Toda la orientación de la policy-oriented school of jurisprudence de la que hablaremos un poco más adelante (1.535) navega por estas aguas.

Gran parte de los libros de texto de Derecho Constitucional, para niveles inferiores o distintos a los de las Facultades de Derecho, suelen revestir esta forma. Basta echar un vistazo a las páginas de uno de los más extendidos (1.536) para encontrar afirmaciones como la siguiente: "Debe entenderse por policy un standard de acción autorizado y prospectivo que se aplica a la solución de un problema concreto percibido como tal (1.537)", con lo que el enfoque de este tipo de autores lo único que hace es analizar dinámicamente la génesis, formulación y efectividad del ---

principio jurídico sustantivo enunciado por el T.S., pero sin entrar en su creación como fenómeno intelectual (el proceso de interpretación) que es lo que interesa (o debería, al menos, interesar) al jurista.

En este segundo sentido, pues, lo único que se hace es cambiar la denominación (de valores a policy) para resaltar su aspecto de influencia dinámica en la sociedad, pero no se quiere decir con ello que el proceso de creación, la fuente interpretativa, sea política.

Como concluyó Hyneman, "el T.S. es político en el sentido de que participa en la policy-making del conjunto de los poderes públicos, pero debe distinguirse tajantemente entre el método político y el judicial de formulación de una policy concreta (1.538)".

Quizás el ejemplo más claro de asimilación entre policy y fuente de interpretación constitucional sea el de Perry quien denomina al método no-interpretativo (1.539) expresamente como judicial policy-making (1.540).

A:4.- La policy-oriented school of jurisprudence.

(a).- Introducción.

Una de las corrientes filosófico-jurídicas más extendidas actualmente en los Estados Unidos es la llamada policy-oriented school of jurisprudence (1.541).

Esta escuela, ⁽²⁵⁾ casi creación personal de un dúo de personalidades, Myres McDougal y Harold Lasswell,

quienes en la Facultad de Yale capitalizaron el instrumentalismo jurídico norteamericano para, superando el nihilismo realista, construir un sistema global "acerca (1.542)" de la filosofía del Derecho.

McDougal-Lasswell, sin embargo, no han articulado su jurisprudencia en forma global (1.543), sino que sólo se conocen sus aplicaciones concretas al campo del Derecho Internacional Público, donde son especialistas (1.544). Ello no obsta para que sus enseñanzas sean -- universales y, como tales, aplicables al campo de la -- interpretación constitucional tratado por ellos a veces aunque no lo haya sido de pasada (1.545).

No vamos a exponer aquí y ahora todo su sistema -- jurídico, sino sólo su explicación general de los componentes de la decisión judicial, fruto no tanto del -- pensamiento de McDougal-Lasswell, como de la labor de varios años de intercambio de ideas llevadas a cabo -- por el profesor Moore en su seminario de la Universidad de Virginia (1.546), así como, posteriormente, la interpretación dada al sistema de la escuela por Paust, quien se ha interesado especialmente en aplicar sus -- postulados al fenómeno de la interpretación constitucional.

(b).- La decisión judicial en general.

Para la policy-oriented school of jurisprudence -- el proceso de decisión judicial tiene cuatro componentes básicos, componentes que aparecen en cuanto se racionaliza dicho mecanismo de decisión: (a) la determinación de hechos; (b) la selección o la búsqueda de la norma aplicable; (c) la interpretación semántica y sintáctica de dicha norma; y (d) el esquema lógico elegido para articular la decisión en forma de premisas y -- conclusiones. Cada uno de estos componentes podría --

ser discutido por separado. La lógica, por ejemplo, no cumple sino el papel de elemento necesario pero totalmente incompleto que ya hemos analizado con anterioridad (1.547). También podrían vertirse ríos de tinta entorno al tema del proceso de determinación de los hechos, especialmente si tenemos en cuenta que esta escuela parte de las premisas y del ataque instrumentado por la figura del realismo que se ocupó con más detalle de esta materia, Jerome Frank (1.548). La interpretación semántica y sintáctica de la norma aplicable incorpora a la escuela los mecanismos de la escuela neoanalítica (1.549). El problema principal deviene, entonces, uno de selección de la norma jurídica aplicable.

Aquí el enfoque de esta escuela nos presenta al menos cinco posibles policies judiciales a ser tenidas en cuenta de entre las cuales el juez contrapesa cuáles deben o no tener mayor peso: (a) la confianza en la experiencia del pasado (peso del precedente); (b) la estabilidad que proporcionan las expectativas jurídicas de la comunidad; (c) la policy consistente en el apotegma lógico-jurídico de que casos iguales deben ser tratados igualmente (con lo cual toma uno de los aspectos más importantes de la teoría de los principios neutrales); (d) la noción de autoridad en un sistema jurídico dado; y (e) las policies que el resultado a que el juez llega producen sobre la realidad (policies sustantivas que nunca deben dejar de tenerse en cuenta y que forman parte también del mecanismo decisor y justificativo del fallo).

Si estas distintas líneas de política judicial son fáciles de entender en su mayoría, en el caso de las categorías a, c y e, no ocurre lo mismo con los temas de las expectativas y la noción de autoridad --

configuradas por la escuela.

Moore ha definido la noción de autoridad como "expectativas de la comunidad acerca de cómo y quién deben tomar decisiones en un sistema jurídico dado ---- (1.550)". La simplificación de esta noción vendría a - establecer un sistema de jerarquía de decisión dentro de todo orden constitucional. El juez puede decidir en las cuestiones no legisladas; la decisión del legislador prima siempre sobre la del juez y, finalmente, la decisión del juez vuelve de nuevo a primar sobre la decisión del legislador en el caso de que se trate de -- aplicar una norma constitucional.

Ahora bien, en este último supuesto, es decir, -- cuando lo que se trata de aplicar es una norma constitucional, la simplificación de la jerarquía decisoria no conduce a ningún lado ya que de lo que se trata, - precisamente, es de determinar si la norma, formulada de una forma tan absolutamente indeterminada, cubre o no realmente el supuesto de hecho.

La policy-oriented school of jurisprudence ha entrado en este tema precisamente por la obra de Paust.

(c).- Los conceptos de norma y autoridad como básicos en la interpretación constitucional.

De lo anteriormente expuesto se deduce que el problema básico a efectos de una teoría coherente de la - decisión judicial constitucional es el de qué deba entenderse por "autoridad" y por "expectativas de la comunidad" en este campo, pues sólo estos conceptos recogen a la vez las pautas y los límites a los poderes -- del juez constitucional.

Pero previamente se hace necesario comprender qué

entienden McDougal y Lasswell por norma, pues si no, - todo el resto caería en el vacío.

Efectivamente, para esta jurisprudencia, la ley - no es tanto un ente como un proceso, un proceso de revisión constante en el que las aspiraciones jurídicas de la comunidad se van condensando hasta constituir de recho quedando ^{plasmadas} ~~las normas~~ en un texto o una sentencia, pero cuya formulación no hace sino enfrentar de nuevo la norma, ya formulada como tal norma, con la comunidad a quien se va a aplicar, quien será la que en definitiva, por su repulsa, aceptación o reformulación determinará realmente la validez y vigencia de la norma; se trata de un proceso que es continuo y nunca acaba - (1.551), proceso que justifica a esta jurisprudencia - como "la más democrática (1.552)". ya que el único parámetro para medir la validez de la norma es el auténtico consensus de la comunidad, lo que los seguidores de McDougal-Lasswell prefieren llamar "expectativas compartidas por la comunidad" (shared legal expectations).

El concepto de "autoridad" está íntimamente ligado con estas expectations. La decisión autorizada será, pues, "aquella que mejor conecte con las pautas o patrones (patterns) de expectativas legales de la comunidad (1.553)".

Naturalmente, esta apelación a las "community --- shared legal expectations" no hace sino trasladar el - problema a las fórmulas de identificación del consensus.

Sin embargo, la "autoridad" puede tener dos vertientes porque no sólo hace referencia al tema de los procedimientos y resultados de las decisiones, sino - también a la competencia del órgano. "Autoridad", en -

palabras de Paust, "es realmente un proceso que relaciona al menos dos problemas distintos: la constitución de élites oficiales que tienen competencia para tomar cierto tipo de decisiones y el proceso de creación, refinamiento y derogación de normas que pueden (pero no necesitan) incluir un proceso de decisión autorizada de una de esas élites oficiales (1.554)", ya que tanto el uno como el otro son configurados por las expectativas jurídicas de la comunidad.

Para los seguidores de McDougal-Lasswell, la primera cuestión es una cuestión resuelta: en el sistema norteamericano, los tribunales pueden anular actos del legislativo, por eso no entran en la polémica acerca de si los tribunales son o no más democráticos que las legislaturas; éste es un tema que hay que dilucidar -- atendiendo a la conexión real con la comunidad. Lo que hay que hacer es examinar la auténtica conexión democrática de cada decisión particular ya que ninguna -- elección, ni la de las legislaturas ni la de los jueces, es sacrosanta.

"El tema crucial, pues", en palabras de Paust, -- "no es el de quién, de los Parlamentos y los jueces, -- representa mejor autoridad, sino el de si en una circunstancia determinada la elección normativa de cualquiera de las élites oficiales (juez o Parlamento) -- realmente es o no 'autorizada' (1.555)".

(d).- La labor del intérprete constitucional.

La labor del intérprete constitucional reside, -- por tanto, principalmente, en conectar con las shared legal expectations de la comunidad.

McDougal no desconoce ni mucho menos el papel que

otras fuentes juegan en la interpretación: "Debe recordarse que los preceptos de nuestra Constitución, tomada como documento o como un flujo de comunicación, tienen las mismas ambigüedades y referencias incompletas que los Tratados o la Costumbre internacional. Para — 'suplementar' esas ambigüedades ... el intérprete está autorizado a recurrir, y debe hacerlo, al período constituyente, prácticas posteriores de todos los órganos constitucionales, precedentes judiciales, interpretaciones de leyes, ... etc.". "Los principios de la interpretación constitucional deben ayudar desde luego — ... pero parece evidente que no existe una fórmula milagrosa, ni una computadora, que pueda reducir la elección a una proyección automática. En último término, — el intérprete debe por sí mismo responsablemente hacer una elección creativa y estar preparado para relacionar su decisión con el conjunto de valores y metas de la comunidad que él representa (1.556)".

Hace falta, pues, un plus por encima de las fuentes interpretativas, lo que Miller llama una premisa — mayor (1.557) que es independiente de la fuente interpretativa usada en cada caso.

Aun así, el problema sigue planteado en los mismos términos, aunque mejor delimitado: ¿cómo se conecta con las expectativas, valores o consensus (1.558)?.

Pues bien, aquí es donde la policy-oriented jurisprudence destaca el uso de las ciencias empíricas para racionalizar la toma de decisiones. Los mismos McDougal y Lasswell han enumerado una serie de técnicas de las ciencias sociales utilizables para el desarrollo — de índices de expectativas (1.559) aparte de que su — uso, junto con el de otras técnicas, es hoy doctrina — pacífica en los seguidores de esta corriente (1.560).

La primera tarea consiste, pues, en identificar - (1.561) las pautas de expectativas específicas acerca de la cuestión concreta que se plantea. Sin embargo, - tales expectativas pueden no ser claras en absoluto en - tre otras cosas por no estar clara la norma constitu- cional que potencialmente ampara esas expectativas --- (1.562).

En este caso, la tarea a llevar a cabo por el in- térprete es la de completar (supplementation) esas ex- pectativas. Esta operación, cuyo campo es mucho más am - plio que el que a primera vista parece (1.563), consis- te en completar expectativas específicas vagas, incom- pletas o conflictivas, con policies jurídicas directa- mente relevantes pero más básicas; policies que igual- mente son compartidas por la comunidad o parece que - van a ser compartidas en un futuro inmediato. En Dere- cho Constitucional estas policies más básicas y genera- les son precisamente los valores o intereses o dere- chos que el T.S. decide constitucionalizar y que llama tradiciones, valores de la comunidad, historia o con- ciencia (1.564). En último término, lo que otros lla- man derechos fundamentales no es sino en palabras de - McDougal y Lasswell "un conjunto de policies comunita- rias demandadas con mucha más intensidad (1.565)".

De entre estas policies la dignidad humana debe - ser la primera (1.566) policy que en realidad viene a hacer coincidir la policy-oriented jurisprudence más o menos con lo que para Tribe constituye su principio de la libertad humana (1.567).

Cuando esta policy no aparezca como guía clara y tajante, pueda haber otras dos tareas por las que pue- de optar el intérprete: la búsqueda del interés común y la no-decisión.

La segunda ya ha sido estudiada con motivo del -- análisis de las llamadas "técnicas de elusión (1.568)" y la primera es una variante del principio utilitario propuesto como básico para el balancing: "el respeto a las preferencias del mayor número posible de miembros de la comunidad (1.569)".

Estas dos variantes son, sin embargo, totalmente excepcionales y como tales sólo deben utilizarse en casos extremos.

McDougal, en concreto, por otra parte, reconoce -- que la objetivación de esas policies generales de complemento, que tienen que conectar perfectamente con -- las expectativas como la identificación, a veces no -- son fácilmente obtenibles, abocando entonces porque el juez simplemente decida conforme a sus propios valores, razonando y haciendo público el por qué, ya que el --- process of review social posterior a la decisión se encargará de dotar de validez o de rechazar esa norma -- (1.570).

(e).-- La vuelta a Ely: el problema antimayorita--rio.

Toda la policy-oriented jurisprudence cae, sin em--
garo, por su parte si, con independencia de la fórmula de la dignidad humana o la de los valores individuales del juez, tenemos en cuenta que las shared legal commu-
nity expectations son mayoritarias por esencia. Ely lo expuso perfectamente en su crítica del consensus y de los valores sustantivos como fuente: "simplemente no -- tiene sentido emplear los juicios de valor de la mayoría como vehículo para proteger a las minorías de los juicios de valor de la mayoría (1.571)".

La única respuesta directa al problema de Ely que provenga de la escuela de McDougal-Lasswell es la de Paust.

Según el profesor de Houston, si se parte de la afirmación de Ely, mucho menos sentido tiene el utilizar juicios de valor de las minorías para proteger a la mayoría u otras minorías de la comunidad, dado que eso es lo que Ely quiere evitar precisamente.

Lo que hace falta, a juicio de Paust, es distinguir entre derechos y expectativas minoritarias. Los primeros hacen referencia a valores participativos y en ellos los valores mayoritarios de protección de minorías son lógicos y son los que fundamentan la decisión del juez, pero lo son porque la mayoría los aprecia como valores fundamentales y no por ninguna construcción abstracta como la de Ely. Lo que ocurre es que las técnicas para identificar los patterns of shared legal expectations llegan a veces a resultados que sólo en apariencia eran minoritarios (1.572).

Seguir otra teoría implicaría pura y simplemente admitir imposiciones minoritarias. Sólo las expectativas mayoritarias forman el consensus suficiente. En realidad todo el problema se reduce a un tema básico: el de la identificación y complemento de expectativas y policies que es el nudo gordiano de la tesis de McDougal y Lasswell.

Naturalmente, para quien no crea en la identificabilidad real de las expectations, ni se atreva a identificar las basic policies (o a plasmar los valores propios para ver cómo se produce el fenómeno social del process of review), la policy-oriented jurisprudence típica del pensamiento jurídico instrumentalista norte

americano carece de valor.

Para sus seguidores el proceso de identificación y complemento es complejo y peligroso, pero al menos da luz u ofrece posibilidades para salir del marasmo de la duda básica deficional en que el realismo y las polémicas acerca de los valores fundamentales habían sumergido a los juristas de Estados Unidos.

A:5.- El enfoque de Arthur Selwin Miller.

(a).- Miller y el método.

Miller es hoy en día uno de los profesores más críticos de la jurisprudencia del T.S., o mejor, de sus razonamientos.

Su punto de partida puede considerarse vinculado a la policy-oriented jurisprudence, estando a caballo entre ésta y la political jurisprudence de Shapiro.

Se distingue netamente de éste último en que no considera al T.S. como una mera agencia política en lucha con otras, que deba conservar su propia clientela aun recurriendo a los aspectos simbólicos o míticos del ejercicio del poder (1.573). Efectivamente, Miller es uno de los grandes defensores del candor o sinceridad en las opiniones de los magistrados, siguiendo en esto a McDougal, a la vez que a la school of reasoned elaboration (1.574).

Sin embargo, hay un tema que le separa claramente de la generalidad de la doctrina académica norteamericana: su desprecio por el método.

Para Miller, las razones con que los magistrados -

fundamentan sus sentencias no tienen valor alguno, dado que sólo son examinadas por un sector muy limitado de la sociedad norteamericana: los académicos.

Pretender que el prestigio de la institución se basa en lo que de ella opina este sector tan limitado es ser irrealista; lo que interesa es la opinión del conjunto de la sociedad y ésta sólo se preocupa de los resultados del enjuiciamiento (1.575). Por otra parte, esto no puede ser de otra forma cuando "después de casi 200 años de justicia constitucional, patéticamente muy poco se sabe acerca de cómo los jueces deciden realmente (1.576)". No se trata sólo para Miller de que toda decisión judicial tenga algo de "bergsoniano" o intuitivo, por utilizar la terminología de Rostow (1.577), sino de que las premisas mayores de los juicios de constitucionalidad (entendiendo por tales la ordenación de los hechos y la elección del método interpretativo concreto) simplemente no aparece en los fundamentos del fallo (1.578).

Así pues, pese a su inicial confianza en la justificación de los fallos (1.579), Miller ha dejado hoy de preocuparse por el método con la salvedad de que si sigue considerando totalmente necesario el que los jueces expongan los valores a que dan relevancia, si bien no da a éstos más fuerza que la de la sinceridad, ya que en último término será el resultado el que gobierne el acierto o desacierto de la decisión (1.580).

(b).- Miller y los resultados: el reconocimiento de que son policy-decisions.

Una de las constantes de su pensamiento consiste en la machacona insistencia en que el T.S., al enjuiciar casos constitucionales, no opera como un tribunal

normal, sino como un tribunal político.

No sólo es de los pocos autores que se detiene -- constantemente a criticar el concepto tradicional de adjudicación inter partes, resaltando la eficacia de hecho erga omnes de las sentencias (1.581), sino que -- abiertamente expone que el T.S. hace simplemente policy como algo opuesto a principle.

Por una parte, Miller no cree en la existencia de principios neutrales (1.582), ni en la lógica deductiva o inductiva (1.583), ni en el originalismo (1.584) o la historia, "musa incierta (1.585)" ... sino, citando a J. Jackson, en "la correcta apreciación de las -- condiciones sociales (1.586)". Por ello, se lamentará constantemente de la carencia de estudios acerca de la efectividad real (impact) de las sentencias (1.587) y de la ineficacia total del proceso constitucional si -- se rige por un adversary system como sucede en el caso norteamericano (1.588) y por un secreto absoluto en -- las deliberaciones (1.589), para aportar a los jueces elementos de juicio suficientes.

Por otra parte, su estudio de las decisiones judiciales, o mejor del iter procesal de las futuras normas que contendrá el fallo, demuestra claramente que -- en realidad el T.S. se preocupa más de la oportunidad-efectividad de que la nueva norma asegure un comportamiento constitucional futuro del resto de los poderes públicos que de hacer derivar esa nueva norma en sí -- misma de la Constitución. Naturalmente, ello quiere de cir que las normas constitucionales contenidas en los fallos del T.S. son normalmente una de las varias alternativas que el texto fundamental ofrece, por lo que precisamente son policy (1.590).

(c).- El contenido de las policy-decisions.

Dadas las premisas básicas de su pensamiento, la conclusión debería ser coherente: ¿qué policies son - las embebidas en el texto constitucional?.

Aquí es donde falla conscientemente Miller. Su - construcción es inacabada, limitándose su obra a criticar mitos tradicionales del judicial review como ya hemos visto.

Sólo muy recientemente ha señalado ciertas guías. A su juicio, el estudio del método y de la interpretación es totalmente "estrecho" por lo que la crítica - debe orientarse hacia la crítica de los resultados, - es decir, hacia la sustancia de la justicia constitucional (1.591).

¿Qué sustancia considera él la apropiada para la justicia constitucional?.

Miller deja claro que quizás el primer gran logro consista tan sólo en que los jueces abiertamente manifiesten sus valores (1.592), pero, en cuanto a -- qué valores, Miller no se define por ninguno de ellos. Aprueba los intentos de Rawls, Pikelis y McDougal que entienden que la justicia distributiva, la jurisprudencia del welfare o la dignidad humana son las policies básicas que el T.S. debe perseguir con sus resultados, valores todos ellos que requieren una mente filosófico-político-jurídica que es precisamente lo que define como política a la justicia constitucional -- (1.593).

Sin embargo, aparte insisto de que Miller no propone ninguna de ellas en concreto sino simplemente el

enfoque que todas ellas representan, si resulta interesante la crítica de Miller al consensus que es lo que le aleja de la policy-oriented jurisprudence.

En 1979 Miller contrapuso directamente los valores del consensus con los valores del constitucionalismo (1.594). Para Miller el consensus es el reconocimiento puro y simple de los valores de la mayoría y el constitucionalismo se opone precisamente a esto (1.595). Sin embargo, no nos dice en qué consisten los valores constitucionales en sí mismos. Es indudable que apela a la "decencia humana (1.596)" como leit motiv básico, pero sin ligarlo en absoluto a la teoría del consensus, siendo eso precisamente lo que le separa de la escuela. Lo que legitima Miller es la actuación de los jueces - de hacer re-pensar a la sociedad las premisas básicas de su organización.

En último término, no hay una guía básica sino todas cuantas los jueces deciden exponer en el uso de su discreción. Sólo el proceso posterior de apoyo o repulsa a la decisión va a ser el límite de dicha discreción. A priori sólo ^{existen} la decencia humana y la propia conciencia de los jueces (1.597), pero la repulsa social (1.598) a sus decisiones impedirá que esa discreción se extralimite a posteriori.

A:6.- La propuesta de Choper.

Aunque sólo sea por el extendido eco que ha tenido su reciente obra (1.599) la propuesta de Jesse H. - Choper merece una consideración aparte.

Choper representa el enfoque típico de los políticos acerca del T.S. Presuponiendo que el tribunal es libre para elegir estándares de acción, propone uno --

concreto en base a consideraciones políticas generales. Choper no entra, consciente y expresamente, en el tema de la interpretación: "Aunque la Propuesta de Derechos Individuales (1.600) defiende claramente que el judicial review debe ejercerse para proteger las libertades personales constitucionales, este libro no intenta en absoluto aclarar cómo podría llevarse a cabo esa protección. No intenta resolver lo que John Ely ha calificado recientemente como 'la cuestión crítica a la que se enfrentan los constitucionalistas': el desarrollo de un enfoque de interpretación mediante principios jurídicos de las cláusulas abiertas de la Constitución (1.601)".

Simplemente no se enfrenta a este problema; da por supuesto que el T.S., como policy making institution, lo puede y debe hacer.

Su propuesta se concreta en que el judicial review sólo debe ejercitarse cuando se supone que el proceso político mayoritario no puede defender los intereses en juego, lo cual lo hace aplicable sólo al área de las libertades públicas. Tanto los problemas de federalismo como los de separación de poderes deben no sólo eludirse sino simplemente no adjudicarse, ya que los intereses en juego están debidamente representados en la arena política. Naturalmente, su presupuesto consiste en que el judicial review es una institución frágil (por sus connotaciones antidemocráticas) lo que vincula a la idea de que el T.S. tiene un capital institucional agotable, siendo un ^{error} grave de apreciación suponer lo contrario.

No vamos a entrar en la crítica concreta de los distintos puntos de su propuesta (1.602), como la presunción de que las relaciones federales y entre pode-

res constitucionales no afectan para nada a los sujetos individuales (1.603), o la idea de que los Estados tienen representación bastante en el foro senatorial (1.604), sino simplemente en su fundamento.

Para Choper el leit motiv del T.S. es su perduración como policy making institution, lo cual sólo puede alcanzarse por medio de una total conexión con el pueblo al que afectan sus sentencias. Dado que sólo la adjudicación en el campo de las libertades maximiza esa conexión, debe autolimitar la jurisdicción a este área.

Sin embargo, no sólo no entra Choper, como ya hemos visto, en el problema concreto de cómo deba ésta llevarse a cabo, tarea que en realidad constituye el meollo del proceso de interpretación, sino que tampoco fundamenta ese role para nada en la Constitución.

Quizás por ello la sarcástica pluma de Monaghan ponga el dedo en la llaga con su parodia de sentencia hipotética a que daría lugar si se siguiera la tesis de Choper (1.605). La Constitución contiene normas estructurales básicas y pretender que no intervenga el T.S. en estos campos equivale a aceptar su inobservancia y a volver a la época anterior al judicial review donde todo eran cuestiones políticas.

A:7.- Los restantes enfoques.

La obra de Choper no es en el fondo más que el enfoque desde la ciencia política del judicial review.

Este fenómeno de mirar desde puntos de vista distintos al tradicional jurídico la labor jurisprudencial de los tribunales, y en concreto del T.S., fue -

poco a poco extendiéndose en Norteamérica desde que -- Dahl rompiera iconoclasticamente el monopolio jurídico, proponiendo que se aceptara abiertamente lo que todos pensaban a escondidas: que el T.S. es una institución política como lo son el Congreso o el Ejecutivo (1.606).

Correspondió, sin embargo, a Shapiro la labor de tratar de sistematizar los campos que abarcaría lo que él llamó la political jurisprudence, sector científico que vendría a incidir sobre el mismo objeto: la jurisprudencia del T.S. y en general de todos los tribunales, aunque siempre dejando bien claro que jamás predicaría la exclusividad del estudio del objeto para este sector (1.607).

¿Qué tipo de enfoque incluiría la political jurisprudence de Shapiro?

(a).- La política de grupos.

El primer objeto de estudio sería el de los grupos que recurren a los tribunales, en vez de al proceso político, para forzar en otro foro la incorporación de sus puntos de vista.

Hoy son clásicos los estudios que demostraron cómo la introducción del laissez faire en la Constitución, en la primera fase del substantive due process, se debió en gran parte a la insistencia en la litigación -- por gran cantidad de abogados. Puede citarse el estudio de Benjamin R. Twiss como el exponente clásico del principio de que "los jueces dependen en gran parte de los abogados para la obtención de ideas (1.608)".

Hoy en día esta afirmación es tan válida como en aquellos años. El florecimiento de las llamadas public

interest law firms, y entre ellas, desde luego, de la más clásica, la NAACP (1.609), a través de las leyes - que siguen el criterio objetivo del vencimiento en el pago de las costas procesales o, al menos, el del pago de los honorarios de los abogados, es una de las causas principales de la doctrina fijada por el Tribunal Warren (1.610). El propio C. J. Warren, en un discurso que pronunció cuando ya había anunciado su voluntad de jubilarse, tuvo palabras de reconocimiento para la labor de los abogados constitucionalistas: "El fracaso - de estas Constituciones (las meramente nominales y/o - semánticas) no reside en los conceptos acuñados por -- los constituyentes, sino más bien en la ausencia de un poder judicial independiente para aplicarlas o de colegios de abogados independientes y profesionales para reclamar la aplicación de sus preceptos (1.611)".

De todas formas, el mismo T.S. no ha sido precisamente favorable a las public interest law firms, pues en Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society (1.612) suprimió la práctica del pago de honorarios de abogados por la parte vencida cuando el juez estimara que en realidad el abogado actuaba como un "fiscal privado", a no ser que una ley del Congreso lo permitiera. Precisamente como reacción a la sentencia, el Congreso promulgó en 1976 la Civil Rights Attorney's Fees Awards Act. (1.613).

Sin embargo, el tema no es tanto de abogados como de los grupos sociales que recurren a esos abogados. - Es de sobra conocido que los grupos marginales, pobres, presos, ecologistas, feministas, minorías en general, componen la inmensa mayoría de la clientela del T.S. - en su aspecto de Tribunal Constitucional y esa cliente la es la que reitera sus demandas ante los tribunales de forma que constituye uno de los vehículos básicos -

de canalización del consensus social hacia el T.S. Nadie mejor que Jonathan Casper para resumir este proceso: "El T.S. nunca podría hacer ... policy ... a no ser que exista una disputa sobre algo básico, y planteada como tal por un tribunal inferior. El T.S. nunca podría decidir estos casos (refiriéndose a la jurisprudencia Warren) a no ser que a determinados grupos sociales o individuos les importe tanto la cuestión en juego como para seguir el proceso a través de toda la escala de apelaciones, proceso que a veces tarda años y cuesta miles de dólares. Multitud de casos mueren en alguna esquina del sistema por cada uno que llega al T.S. o éste decide coger ... Los que sobreviven ... so sobreviven porque tienen motivos para hacerlo: porque le importan profundamente a la gente y porque miembros del T.S. piensan que son importantes y deciden analizarlos. Debe tenerse en cuenta que los miembros del T.S. ... no se limitan a echar una mirada y a decidir simplemente que quieren hacer policy sobre las prácticas de la policía, la discriminación racial, la distribución de distritos electorales o la lectura de la Biblia. Se les presentan esas disputas por la sociedad a través de los abogados (1.614)".

Todo este enorme campo de trabajo se presta mucho mejor al análisis sociológico-político que al jurídico, de ahí que sea uno de los pilares de la political jurisprudence desde que en 1957 Dahl publicara su escandalosa tesis de que el T.S. siempre seguía las corrientes políticas de la coalición de grupos dominantes en cada momento (1.615).

(b).- Los estudios "behavioralistas".

Uno de los campos clásicos de la political jurisprudence es el estudio de las actitudes judiciales sea

como reflejo de la psicología del juez ajena al caso, sea como reflejo de las actitudes derivadas de la inter-relación de los jueces en las sesiones o en la convivencia general como miembros de un tribunal.

El término mismo de behaviorals es perfectamente discutible (1.616), pero la idea es bastante clara. Todo abogado se alegra o no de la distribución del caso entre salas oponentes, precisamente porque se tiene en cuenta, aunque sea inconscientemente, no sólo la línea doctrinal de ese juez o sala, sino su actitud general - ante ciertos temas.

Estudios como los de Wold, determinando hasta qué punto la ideología general del juez (si se considera - o no un moderado, liberal o conservador) influye sobre su percepción de la función judicial (intérprete o --- creador del Derecho) (1.617) o, sobre todo, los de --- Murphy, más enfocados hacia el proceso de negociación interjudicial para la obtención de votos (1.618), son igualmente clarificadores de la política real o social subyacente tras el derecho, sin llegar necesariamente al tipicismo folklórico que en Norteamérica constituyen las biografías de los jueces (1.619).

Precisamente es en este sector donde claramente - se nota la huella y la impronta que dejó uno de los --- elementos que dio lugar al nacimiento de la political jurisprudence: el realismo jurídico norteamericano --- (1.620), ~~quien~~, al proclamar la inexistencia de principios jurídicos, derivó hacia las formas totalmente subjetivas de explicación del comportamiento judicial --- (1.621).

(c).- La inter-relación de órganos políticos.

Otra de las variantes de la political jurispruden-

ce, precisamente aquélla en la que han destacado los - estudios de Shapiro (1.622), es la de entender al T.S. como un poder público más (governmental agency) ocupado de defender su parcela de policy making y su clientela particular.

Este enfoque aparentemente iconoclasta no lo es - tanto si recordamos doctrinas como la de Choper (1.623), y doctrinas como la de las cuestiones políticas (1.624) o las técnicas de deferencia formal, aun sin declaración de incompetencia, a otros órganos constitucionales ^(1.625) ~~(1.625)~~, o incluso a los tribunales federales o es tatales, o si recordamos la teoría de que la inacción de otros poderes justifica la intervención judicial, - teoría utilizada como justificación constante en la -- distribución de distritos, la constitucionalización de los welfare rights o, en general, en toda innovación - judicial que rompe con mitos tradicionales ante el escándalo de los originalistas (1.626).

La sociología y/o la ciencia política puede dar - lugar aquí también a enfoques bastante clarificadores.

(d).- A modo de pequeño resumen.

Finalmente, Shapiro propone igualmente como integrante de la political jurisprudence la filosofía política general como fuente de las decisiones (1.627). -- Sin embargo, recibirá tratamiento aparte porque aquí - la órbita cambia radicalmente para entrar en el campo de la sentencia como justificación, de ahí que remitamos a páginas posteriores (1.628).

En todo caso, todos estos enfoques que han dado - lugar a una literatura de los political scientists paralela en número y en importancia a la jurídica, son -

absolutamente necesarios porque la vida social no es un compartimento-estanco en que el Derecho por sí mismo explique todo.

Todos estos factores políticos o sociológicos deben estudiarse y tenerse en cuenta aunque sólo sea — por evitar el riesgo de total desvinculación de la — realidad. Pero el campo del jurista es el de la hermenéutica jurídica, y ello implica un modo de razonar — jurídico en que estos enfoques no tienen claramente — cabida.

¿O sí la tienen?. Este es el gran tema. Precisamente por ello retomamos la political jurisprudence — pero no como un método de estudio de la institución — con sus pronunciamientos, sino como fuente interpretativa, es decir, como parte integrante de la doctrina jurídica.

No son pocos los casos en que las sentencias del T.S. reconocen abierta o implícitamente que lo político fundamenta el fallo: éste es el nudo de la cuestión ¿en qué casos y cómo lo hace?.

A:8.- La política como parte del método interpretativo.

El recurrir al hecho político como fuente interpretativa reviste diversas formas. Se pueden, sin embargo, reconducir todas ellas a dos formas básicas: — el reconocimiento por el T.S. de que hay políticas alternativas para la eficacia de un precepto constitucional, optando precisamente por una de ellas, y el — recurso general a la filosofía política amparada por una cláusula concreta o por un principio jurídico general.

(a).- La filosofía política como fuente constitucional.

Como dijo J. Jackson, "las grandes decisiones -- constitucionales de Marshall no citan precedentes, -- fueron fundamentadas a partir de la filosofía política y posteriormente el T.S. ha cambiado una y otra -- vez la doctrina constitucional y construido nuevas a medida que cambiaban las condiciones políticas o económicas (1.629)".

La fundamentación en la filosofía política de -- cláusulas como la libertad de expresión (1.630), la -- de igualdad (1.631) o la de separación Iglesia-Estado (1.632), es evidente.

Hay quien ha afirmado que la regla de "un hombre, un voto" de C. J. Warren en Reynolds v. Simms (1.633) es una pésima sentencia pero un excelente minitratado de ciencia política.

A nivel de principios como el federal (1.634) o la separación de poderes ocurre lo mismo.

Sin embargo, jamás ha fundamentado el T.S. esa -- filosofía política (1.635) en sí misma, sino en su valor como originalismo o en la "razón jurídica" necesaria para la operatividad de una cláusula concreta -- (1.636).

En último término, lo que es importante no es -- tanto el contenido o el nombre de determinada filosofía política sino el por qué se entiende vinculante. Sólo el consensus cuando no hay otra fuente más directa como el texto o la historia, explican la quasi- -- constitucionalización de filosofías políticas concre-

tas.

Remitimos al lector al estudio ya realizado anteriormente de la hipotética constitucionalización de -- Stuart Mill (1.637) y al estudio de la estructura como fuente de interpretación (1.638).

Como allí decíamos, todo principio político, viene a constituirse desde el momento en que el T.S. se ocupa de él, en un principio jurídico, de forma que absolutamente todos los temas de trascendencia política en Norteamérica se juridifican para discutirse en términos bien de Derecho positivo, bien cuando el tema no está todavía fijado por el T.S., en términos de filosofía jurídica estricta.

Remito igualmente a mi trabajo acerca de la lucha entre los principios que informan los welfare rights y el neoliberalismo económico (1.639) donde, de una forma muy gráfica, se recoge como ambos han ido a ser canalizados a dos cláusulas de la Constitución discutiéndose ahora enteramente en términos de filosofía jurídico-constitucional. El capítulo V que trata acerca de la hipotética constitucionalización de los welfare rights mostrará igualmente esta idea.

(b).- El T.S. como un poder público en inter-relación con los demás.

Ya señalamos anteriormente cómo Shapiro ha enfocado el estudio del T.S. como si se tratara de un órgano político más. "Su actuación debe consistir", con palabras de uno de los más duros críticos de los politólogos, " en construir conscientemente una coalición de grupos de interés que dependan de la ayuda judicial -- porque no están lo suficientemente representados en --

otros poderes públicos, pero sí son lo suficientemente fuertes como para defender al T.S. contra los ataques que contra él se dirigen (1.640)".

Pues bien, aunque esta afirmación es en parte realidad cuando a posteriori se analiza la labor del T.S., lo que a nosotros nos interesa es si constituye realmente también una verdad a priori; es decir, si la actuación de otros poderes públicos es determinante de los fallos del T.S..

Resulta obvio que lo es en su vertiente jurídica, es decir, en la constitucionalización de la nota de -- Carolene (1.641). También resulta evidente en la construcción norteamericana de la doctrina de las cuestiones políticas (1.642).

Pero incluso cuando el T.S. entra en el fondo, la actuación de otros poderes es tenida claramente en consideración para determinar las pautas a seguir por el T.S..

Lo normal es que esto ocurra de manera latente.

Es obvio, por ejemplo, que la reacción del Congreso, como caja de resonancias de la aceptación social de la jurisprudencia del T.S., ha motivado cambios de 180° en líneas jurisprudenciales del T.S., y ello incluso frente a los tribunales aparentemente más activistas. El cambio en la jurisprudencia Warren relativa a las actividades del Comité Senatorial de Actividades No-Americanas a finales de los años 50 tiene esta explicación (1.643). La línea jurisprudencial instaurada por Maher (1.644) obedece, en gran parte, al rechazo -- no sólo del Congreso sino en general de la sociedad -- norteamericana de la doctrina sentada en Roe v. Wade --

(1.645), ... etc.,etc.

Sin embargo, esto también ocurre de manera patente, recogién dose en las propias sentencias del T.S. expresamente.

Al fin y al cabo toda la doctrina de la deferencia al legislativo, promovida en origen por los divulgadores del self-restraint desde Thyer (1.646), se basa en el reconocimiento de que el legislativo es más competente que el T.S. para enjuiciar la constitucionalidad de diversas áreas de actuación (1.647), o en el miedo a oponerse al Congreso, si se quiere expresar así más simplemente.

Pero quizás la expresión más clara sea la de aquellos supuestos en que el T.S. no se limita a dejar vía libre a otros poderes, entrando (deferencia) o no (cuestiones políticas o no justiciables) en el fondo, sino aquéllos en que el T.S. aprecia la actuación de otro poder para hacerla así suya. En una palabra, toma la actuación de otros poderes como parte integrante del consensus que, eso sí, sólo él se encargará de legitimar constitucionalizándolo.

Ya hemos tenido ocasión de examinar el papel de fuente que juega el Derecho estatal (1.648). El papel del Congreso Federal no es menor. Los trámites de la futura (?) enmienda número 27 le bastaron al T.S. para constitucionalizar la discriminación por razón de sexo: "(el Congreso) mismo ha llegado a la conclusión de que las clasificaciones basadas en el sexo obedecen inherentemente a prejuicios (al proponer el Equal Rights Amendment y al promulgar leyes contra la discriminación por razón de sexo), y esta conclusión de un poder constitucional (coequal branch of Government) no es --

irrelevante para el examen de la cuestión que hoy se debate (la constitucionalidad de dichas discriminaciones)", reza Frontiero v. Richardson (1.649).

Esto juega no sólo para la actuación del Congreso sino igualmente para la de las agencias administrativas.

El problema de la existencia o no de un Derecho Constitucional de acceso a los medios de información privados puede ilustrarnos al respecto.

En 1969 el T.S. por unanimidad aceptó en Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission (1.650) la llamada "fairness doctrine" de esta agencia administrativa. En resumen, la citada doctrina requería que las emisoras privadas de radio discutieran problemas públicos, asegurando, además, la imparcialidad en la información al exigir que opinaran ambas partes de la disputa concreta y al regular, para ello, el derecho de réplica.

Se trataba, pues, de un típico enfrentamiento de dos versiones de un mismo Derecho Constitucional: el del medio a ejercer libremente la libertad de expresión y el de los oyentes a oír a todas las partes.

El T.S., basándose en el hecho de la limitación de frecuencias, admitió la constitucionalidad de la "fairness doctrine" como modalización de la libertad de expresión de las emisoras.

En esta sentencia, el T.S. operó con los medios clásicos de interpretación, sin que el hecho de que la FCC actuara por delegación del Congreso tuviera peso alguno en la decisión.

En 1973, sin embargo, se replanteó el tema del acceso al medio de nuevo, en otra versión: Columbia --- Broadcasting System v. Democratic National Commission (1.651) enjuició la constitucionalidad de la negativa por una emisora privada a aceptar publicidad política (aceptaba sólo la comercial). La FCC sostuvo la posi--ción de las emisoras, pero el Tribunal de Apelación revocó la sentencia administrativa (1.652). El T.S. revocó a su vez la sentencia del Tribunal de Apelación. No nos interesa tanto la doctrina sustantiva mantenida -- por los miembros del T.S. (1.653) como el argumento -- del voto mayoritario redactado por C. J. Burger para -- el que era esencial que la FCC estuviera obedeciendo -- estrictamente los límites de su delegación parlamentaria y que el Congreso, a su vez, había intentado en la ley creadora de la FCC permitir que los medios priva--dos de comunicación (radio y televisión) pudieran desa--rrollar su labor con la mayor "libertad periodística" posible.

En resumen, no se trata de un tema estricto de delegación, es decir, si la agency tiene o no potestad -- habilitante suficiente, sino de delimitar el alcance -- concreto de una cláusula constitucional a partir de lo que parece ser que el Congreso apoya. En CBS no se examinaba tanto el ámbito de actuación de la FCC como la constitucionalidad de la práctica en sí misma; y en este caso la interpretación que de dicha práctica hacía el Congreso repercutió en la constitucionalidad de la misma.

Los jemplos podrían multiplicarse (1.654).

(c).-- El uso de alternativas por el T.S.

Existe una distinción clásica entre el método le-

gislativo y el judicial que, si bien simplifica en extremo la realidad, no deja de ser un reflejo de ésta.

El proceso legislativo permite elegir entre varias alternativas, todas ellas válidas. El judicial analiza sólo la elegida y la anula o no, no hay alternativas. Por eso, se dice, el proceso legislativo es eminentemente político.

Sin embargo, la realidad es otra y el T.S. siempre opera con alternativas que no necesariamente se limitan a la del sí o no a la constitucionalidad de una ley, disposición o acto.

c:1.- La alternativa menos gravosa.

En primer lugar puede determinar sencillamente si existen otras alternativas a una actuación concreta que resulten menos gravosas para los derechos constitucionales. Es la llamada less restrictive alternative doctrine de la que ya hemos tenido ocasión de hablar (1.655).

c:2.- ¿Auténtica legislación para eludir que las declaraciones de inconstitucionalidad produzcan vacíos normativos?.

En segundo lugar, el mismo T.S., en un proceso de esquizofrenia constructiva, divide a veces las cuestiones constitucionales sometidas a su enjuiciamiento en dos partes claramente diferenciadas. En la primera de ellas, aplicando los métodos clásicos de interpretación, reconoce la inconstitucionalidad de la ley. En la segunda, - sin embargo, para no provocar un abstracto vacío normativo total, se ve obligado a legislar en el

sentido más clásico de la palabra, ya que, una -- vez reconocido el Derecho Constitucional, las alternativas para su protección pueden ser muy variadas.

En estos casos hay que tener en cuenta que -- entramos en el nebuloso terreno de las líneas diferenciadoras de la substance y los remedies -- (1.656).

Seleccionamos como ejemplo cinco campos ya -- archiconocidos para el paciente lector de estas -- páginas, aunque los ejemplos no son excepciones -- ni mucho menos: la distribución de distritos electorales (1.657), el aborto (1.658), la libertad -- de expresión en relación con el libelo (1.659), -- la imposición de obligaciones concretas a la policía (1.660) y la desegregación racial educativa -- (1.661).

Cada uno de ellos presenta un modo distinto de tratar el problema.

Brown I (1.662) presenta el modelo clásico -- de la jurisprudencia anglosajona, lo mismo que -- ocurrirá con el polo opuesto: las redistribuciones electorales.

Ante los esquemas innovadores que la desegregación exigía, el T.S. consideró el tema como puro remedy dando lugar incluso a un segundo proceso (1.663) en el que se discutieron las posibilidades creativas de la equity. Este tema ha sido -- tratado ya con total amplitud, luego huelga todo comentario (1.664).

El polo opuesto lo constituye Reynolds v. --

Simms (1.665). Una vez decidida la existencia de un derecho constitucional justiciable a la redistribución de distritos electorales, el T.S. concibió una regla aplicativa de Derecho Constitucional: "un hombre, un voto", llevada a la realidad por el sistema de limitar los porcentajes de variaciones, en el movimiento de la población y en los años que un sistema podía mantenerse sin variación (1.666). Todas estas "subnormas" tienen el carácter de interpretación auténtica de la Constitución, pese a que, objetivamente, podía considerarse que se acercaban más a la teoría de los remedies que a la de los mandatos constitucionales sustantivos.

Miranda (1.667) representa un caso muy especial. El T.S. reconoció que el obligar a la policía al leer al detenido sus derechos constitucionales bajo la amenaza de exclusión como prueba de toda confesión que no se ajustara a estos requisitos, no era una exigencia estricta del texto constitucional.

No sólo existía ese reconocimiento sino que el T.S. adoptó un fundamento con forma claramente normativa: un auténtico código procesal que describía paso a paso el procedimiento a seguir por la policía desde el momento del arresto hasta la puesta a disposición judicial, haciendo especial hincapié en ~~que~~ qué se podía y no se podía hacer en los interrogatorios.

Pero aun hay más. El T.S. dijo literalmente: "Nos es imposible prever las alternativas potenciales a la protección del privilegio (de autoacusación de la enmienda número 5) que pueden ser --

adoptadas por el Congreso o por los Estados en el ejercicio de sus potestades normativas. Por ello, no podemos afirmar que la Constitución requiera -- necesariamente la adherencia a una solución concreta para limitar los excesos de los interrogato^{to}rios que en la realidad se producen. Nuestra decisión no crea de ninguna manera una camisa de fuerza que coarte sanos intentos de reforma, ni tiene esa finalidad. Animamos al Congreso y a los Estados a continuar su saludable búsqueda de medios, cada vez más efectivos, de protección de los derechos individuales y que, a la vez, aseguren la -- eficacia de nuestro sistema de enjuiciamiento penal. Sin embargo, a menos que se nos demuestre -- que esos medios son como mínimo tan eficaces ... deben seguirse las siguientes salvaguardias ---- (1.668)". Sigue a continuación el código procesal ya mencionado.

El T.S. no configura, pues, las normas procedimentales como remedy, sino que las acepta como sustantivas, aunque auxiliares, e incluso parece permitir que la legislación ordinaria sustituya a sus sentencias.

Este tipo de jurisprudencia del T.S. ha motivado lo que hoy se llama constitutional common -- law al que dedicaremos especial atención dentro -- de poco (1.669).

Roe (1.670) y New York Times v. Sullivan --- (1.671) suponen el término medio entre Miranda y la línea de Reynolds.

En ellos el T.S. configura la normativa como derivada directamente de la Constitución, sin admitir que el Congreso o los Estados adopten otra,

pero, sin embargo, reconoce que está optando por una alternativa concreta de la gama posible de al ternativas que pueda ofrecer la protección del De recho Constitucional que se examina.

Este reconocimiento del carácter alternativo no se deduce, sin embargo, tanto del texto de la sentencia como de la forma concreta que el proceso judicial reviste ante el T.S. (1.672).

New York Times v. Sullivan (1.673), por ejem plo, constitucionalizó, y nacionalizó a la vez, - el espinoso problema de las leyes antilibelo al - declarar inconstitucional una ley de Alabama que permitía demandar por difamación de cargos públicos. Bastaba que el libelo imputase una conducta deshonesta para que se presumiera la indemniza--- ción, salvo que el demandado probase la verdad de absolutamente todos los hechos. La regla fijada - por la sentencia del T.S. fue la de que ni la absoluta verdad ni el contenido difamatorio son es cudos per se contra la garantía de la libertad de expresión de la primera enmienda. Cuando la críti ca afecta a cargos públicos caben afirmaciones - erróneas o falsas y que el contenido sea difamato rio, siendo inconstitucional el otorgamiento de - indemnización.

No podía perjudicar la carga de la prueba al que informaba, sino que correspondía probar la -- "malicia" en la información al que alegaba haber sido difamado.

Esta regla sería desarrollada posteriormente en otra línea de casos (1.674).

Lo importante, por lo que ahora nos afecta, no es la doctrina fijada por J. Brennan sino la multitud de variantes que se discutieron en la demanda-contestación, escritos de amicus curiae y vista oral.

Como han puesto de relieve Barron y Miller (1.675) al analizar estos documentos, frente a la regla de Sullivan cabían otras muchas alternativas:

(A) Constitucionalizar el derecho de réplica; (B) Exigir la prueba real del daño; (C) asunción por el T.S. del control de los hechos en todos estos casos, como sucede prácticamente siempre que el T.S. constitucionaliza una materia; - (D) Limitar los poderes de los jurados a la hora de fijar la cantidad de la indemnización; (E) Establecer la libertad total y absoluta de crítica a los cargos públicos; (F) Exigir la prueba de la mala fe; ... etc., etc.

El T.S. no optó por ninguna de ellas, unas más amplias que la formulada (como la número E) y otras más limitadas (como las restantes).

Pero lo que nos interesa, insisto, no es -- tanto la regla realmente elegida como el hecho -- de que todas ellas se discutieron en los escritos y especialmente en la vista oral. Esto "indica", concluyen Barron y Miller, "que existe como poco un acuerdo tácito entre los magistrados y los miembros de la sofisticada abogacía que ejerce ante el T.S. para tratar al tribunal como si fuese un comité legislativo (1.676)".

Si ello es lo que trasluce al exterior, aun que sea en las alegaciones de las partes y en la vista oral, lo que no trasluce ha escandalizado a Norteamérica en un reciente best seller (1.677) que tuvo ocasión de "recordar la verdad histórica de que el T.S. en sus conferencias no es muy diferente a la actuación que sigue el Congreso - en sus Cámaras (1.678)".

Si en Sullivan las alternativas se barajaron ampliamente, Roe v. Wade (1.679) se lleva la palma. El tema del derecho constitucional reconocido, la autonomía de la decisión de la mujer embarazada, ya había sido resuelto. Sin embargo, Roe tiene una segunda parte que es prototípicamente legislativa: la fijación de la operatividad del derecho en líneas trimestrales. J. Blackmun se apoyó pura y simplemente en conclusiones médicas con una certeza que no son capaces de proporcionar ni los propios médicos ni los más recientes descubrimientos científicos. La alternativa aquí era clara: la definición del concepto de viabilidad fetal en el que ni siquiera los científicos concuerdan. Pero esto ya nos aleja del campo propio de la political jurisprudence para entrar en el de la empirical jurisprudence que tendremos ocasión de examinar posteriormente.

Los ejemplos, insisto, no son rebuscados, - sino que esta es la tónica general de la adjudicación constitucional. Es muy difícil encontrar un fundamento de inconstitucionalidad que sea puramente negativo y que no sea susceptible de reconvertirse en la formulación de una regla positiva. Y es en esta construcción posterior donde las alternativas son muy amplias y se basan, ---

quiérase o no en criterios de oportunidad.

c:3.- Las llamadas "líneas arbitrarias (1.680)".

Hay momentos en la historia de la justicia constitucional en que la afirmación de un derecho llega a concretarse en un número tal de reglas -- subsidiarias que el límite de "lo constitucional" tiene que establecerse en base a criterios que ya nada tienen que ver no sólo con la Constitución -- presuntamente fuente de ese derecho, sino incluso con principios jurídicos de ella derivados así como de otras fuentes tradicionalmente consideradas como "aptas".

Como dijo J. Holmes en Louisville Gas Co. v. Coleman (1.681), "cuando una sentencia distingue, como nadie duda que debe hacer, entre la noche y el día, la mayoría o minoría de edad u otros extremos, se tiene que fijar un punto o línea, o irse delimitando gradualmente en una serie de senten--cias, para marcar en qué momento tiene lugar el -- cambio. Si se mira ese punto o línea en sí misma, sin tener en cuenta la necesidad de su delimita--ción, siempre parecerán arbitrarios".

Los ejemplos pueden multiplicarse: la línea entre 30 o 50 días de residencia en un Estado como requisito mínimo para el ejercicio del derecho de voto en elecciones estatales, la línea del --- 16.4% en posible variación de la población para -- que un plan redistribuidor de distritos sea válido o la línea ante-o post-"indictment" como determinativa del momento en que la asistencia legal -- al detenido es requisito constitucional ... ¿Con qué criterios han sido tratadas?.

A diferencia de lo que ocurrió con Roe y lo que veremos (1.682) que ocurrió en la fijación - del número de miembros del jurado, en ninguna de ellas salieron a relucir las ciencias socio-natu-
rales, de ahí que se haga necesaria una compara-
ción precisamente quizás para destacar cómo la -
llamada "jurisprudencia empírica" puede tener un
campo mayor de aplicación del que incluso su in-
mediato futuro parece pregonar.

(a').- El requisito de los días de residen-
cia.

Shapiro v. Thompson (1.683) constitucionali-
zó, como "interés fundamental" a proteger espe-
cialmente a través de la cláusula de igualdad, -
el libre movimiento interestatal. Harper v. ---
Virginia Board of Elections (1.684) hizo lo mis-
mo con el derecho de voto. Fruto de ambos fue --
una vez más el enjuiciamiento de situaciones --
"presuntamente" amparadas por ambos en Harper y
Shapiro para ver hasta dónde llegaba.

Uno de los grupos de litigios afectaron a -
los límites del tiempo de residencia que podían
imponer los Estados antes de celebrarse sus elec-
ciones. El primero de los casos, Dunn v. Blums--
tein (1.685) invalidó una ley de Tennessee que -
fijaba el tiempo de residencia anterior a sus --
elecciones estatales en un año en el Estado o de
3 meses en el Condado concreto. El T.S. admitió
que "la fijación de un período constitucionalmen-
te aceptable es, desde luego, una cuestión de --
grado. Basta aquí con afirmar que 30 días parecan
ser un período más que suficiente de tiempo para
el Estado a efectos de completar cualesquiera --

funciones administrativas que fueren necesarias para combatir el fraude -y un año o tres meses - demasiado-(1.686)". Naturalmente, el T.S. aludió, aparte del "parecer suficiente", a que el Congreso había fijado ese plazo de 30 días para las -- elecciones presidenciales (1.687) y a que el propio Parlamento de Tennessee establecía que el -- plazo para registrarse en el censo electoral para las elecciones estatales era de 30 días.

Naturalmente, la analogía con fuentes de -- rango ordinario no es necesariamente fuente del Derecho Constitucional, por eso el T.S. se vio -- obligado a introducir el "parece suficiente".

La prueba de fuego vino precisamente al año siguiente, en Marston v. Lewis (1.688), donde se examinó la constitucionalidad de una ley de Arizona que requería previa residencia al menos durante 50 días. La lógica de Dunn llevaba a la -- del voto disidente que se formuló en Lewis ----- (1.689): estaba el precedente de Dunn que, acertadamente o no, fijaba un número; estaba el hecho de que más de la mitad de los Estados y el -- Congreso habían fijado el plazo en 30 días y estaba, finalmente, el hecho de que Arizona no había ofrecido razón bastante para demostrar que -- ese plazo de 30 días era insuficiente. La mayoría no opinó lo mismo: "la Constitución no es ^{tan} estricta como para no permitir esa variación (1.690)". Aparte de la cuestión de hecho de que el motivo alegado por Arizona fuera suficiente (era prácticamente igual al alegado por Tennessee en Dunn) la mayoría entendió que se imponía un juicio deferencial de la decisión del órgano representativo cuyos procedimientos electorales "tenían su -- origen en la Era Populista (1.691) y se basaban

en un sistema administrativo de registro 'masivo' (1.692)". Naturalmente, tanto el primer argumento como el segundo no explican por qué en Dunn se fijó entonces el de 30 días.

(b').- El porcentaje aceptable en la redistribución de distritos.

Cuando en Reynolds v. Simms (1.693) el T.S. derivó de la cláusula de igualdad los criterios -- para llevar a cabo la función recientemente judicializada en Baker (1.694) de redistribución de -- distritos electorales, determinando como único -- criterio aplicable para ambas cámaras estatales -- el número de población, el T.S. admitió que "la -- cláusula de igualdad requiere que los Estados hagan un esfuerzo de buena fe para delimitar los -- distritos, en ambas cámaras, con el número de habitantes tan igual entre ellos como sea posible. Somos conscientes de que es imposible en la práctica delimitar distritos de forma que tengan el -- mismo número de residentes, ciudadanos o votantes. La exactitud matemática no es un requisito constitucional". Reconoció el T.S. en ese mismo caso -- que la creación y la competencia sobre las subdivisiones políticas inferiores era un interés legítimo especialmente relevante para justificar desvíos del principio abstracto de igualdad.

El problema precisamente consistía en ver -- hasta dónde ese desvío iba a ser constitucionalmente permisible. Mientras en la distribución de distritos para las elecciones federales el T.S. -- ha sido tajante, en los de los Estados el T.S. ha sido más liberal dada la competencia de éstos sobre la delimitación de subdivisiones políticas territoriales: en concreto, fue liberal hasta el --

16.4% de variación sobre el principio de igual número de población por distrito.

En Mahan v. Howell (1.695) el T.S. admitió la validez de un plan del Parlamento de Virginia, con preferencia sobre el plan del tribunal inferior, cuya variación era del 10.3%. No hay ninguna razón concreta para esa cifra (1.696). Simplemente que el Estado había alegado que quería conservar las actuales subdivisiones políticas (1.697). Naturalmente, el T.S. evitó justificar el 16.4% por la sencilla razón de que, al contrario que en el caso de los jurados (1.698), no era necesario más que admitir o no la validez de ese plan.

Naturalmente, el siguiente caso, Connor v. Finch (1.699), consideró inconstitucional una variación del 16.5% para el Senado y 19.3% para el Congreso con el único motivo de que el plan había sido elaborado por un tribunal inferior y no por un órgano representativo, dado que ahora las subdivisiones políticas no estaban en juego.

En resumen, no había razón alguna justificadora del número.

(c').- Las líneas no cuantificadas.

Quizás cuando los números salen a relucir estamos en los límites de la interpretación constitucional. Pero, al fin y al cabo, todo el proceso de elaboración de "normas subsidiarias constitucionales" se concreta en un último límite: el sí o el no de la constitucionalidad es una línea muy difícil de justificar.

Los ejemplos podrían de nuevo multiplicarse. Quizás uno concreto pueda dibujar mejor el tema.

Desde Powell v. Alabama (1.700) se fue poco a poco extendiendo el derecho a la asistencia legal del procesado. La base constitucional está en la enmienda número 6 (right to counsel) "incorporada" a los Estados a través de la 14. El gran paso acelerador del proceso, fue sin embargo, Gideon v. Wainwright (1.701) ya que Powell había sido un caso dominado por la situación de hecho y no por los principios jurídicos y por ello el T.S. impuso la regla para los casos de pena capital. --- Gideon lo extendió a todas las felonies, pero sus principios eran mucho más amplios. Litigación posterior fue poco a poco ampliando el supuesto de hecho ante el cual se aplicaría la regla.

Con United States v. Wade (1.702) y Gilbert v. California (1.703) el tema cobró interés porque la falta de asistencia legal motivaría la --- aplicación de la exclusionary rule de Mapp v. Ohio (1.704) con la supresión de la evidencia obtenida en las identificaciones por careo no llevadas a cabo en presencia del abogado.

Ni qué decir tiene que el fundamento era evidente: el peligro de interrogatorios o identificaciones ilegales. Sin embargo, en Kirby v. Illinois (1.705) el T.S. repentinamente cortó la progresión: la asistencia al detenido en una identificación por careo (line-up) antes de "indictment" no es un requisito constitucional para aplicar la -- exclusionary rule (1.706), mostrando así el Tribunal Burger ser "un maestro de las líneas finas -- (1.707)".

Naturalmente, sin embargo, cuando no hay números, la interpretación puede recurrir a otras fuentes: el texto (1.708), la estructura general del ordenamiento (1.709), la "realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada" (1.710), o el precedente mal interpretado (1.711) pueden servir de fuente.

Resumiendo, quizás las ciencias sociales puedan jugar un papel semi-preponderante en el futuro como fuentes directas de normas constitucionales subsidiarias.

Sin embargo, su uso ya ha sido contestado -- desde diversos puntos de vista que tendremos ocasión de examinar al hablar de la empirical jurisprudence.

En todo caso, lo que ahora nos interesa resaltar, es que la fijación muchas veces de estas líneas por "subnormas constitucionales" reside en criterios de oportunidad o de mera conveniencia -- resultando líneas arbitrarias. No hay realmente principio jurídico alguno que permita el aclarar los límites entre la actuación constitucional e inconstitucional en estos casos. Dado que la oportunidad o conveniencia resulta ser normalmente un criterio político se acusa por ello al T.S. de estar legislando desde el punto de vista total y absolutamente político y no jurídico. Tan es así -- que el propio T.S. ha empezado a desarrollar, como veremos, lo que se denomina empirical jurisprudence precisamente para tratar de "objetivar" el uso del criterio de oportunidad o conveniencia, -- quitándose así de encima la crítica que contra su jurisprudencia, como política, se formulaba.

Pero, todavía más, hay casos en que el T.S., ahora ya abiertamente, reconoce que está enjuiciando en base a la oportunidad y no en base a la legalidad-constitucionalidad de una norma.

(d).- La oportunidad de una sentencia como criterio delimitador del fallo.

Qué duda cabe de que el impacto que la sentencia va a producir en la realidad social es un elemento primordial del aspecto decisional. De hecho, la constatación del consensus se basa en parte en el cálculo --- apriorístico de dicho impacto.

Aunque a veces el T.S. ha sacado a relucir este elemento en algunos de sus fallos (1.712), sin embargo, predominan por mayoría las sentencias en que el impacto no juega papel alguno, al menos así lo dice el fundamento del fallo, y precisamente porque su cálculo es un factor típico de oportunidad y no de legalidad, lo que rompería el viejo mito de la función judicial "descubridora" y "no-creadora" de normas.

A veces, sin embargo, el T.S. admite abiertamente que determinadas cuestiones son policy y deben resolverse conforme a criterios de oportunidad.

De entre estas líneas destacan dos: la que decide acerca de la retroactividad-prospectividad del cambio de doctrina y la que hace depender el fallo del costo económico de los pronunciamientos.

La primera línea jurisprudencial la conocemos sobradamente (1.713). Quizás convenga ahora recordar que en realidad la oportunidad ha dejado paso a una valoración de los pros y contras que se basa en principios ju

rídico-procesales o sustantivos más o menos jerarquiza dos según entran en juego unos con otros (1.714).

Otro tanto puede decirse del factor costo económi co. Como tendremos ocasión de ver en el capítulo final de esta tesis, el T.S. ha procedido en parte a quasi-constitucionalizar algunos welfare rights al recoger -- su valor como principios interpretativos, aunque su -- constitucionalización como auténticos derechos subjeti vos ha sido mínima, por la enorme dificultad de crear derechos prestacionales que los jueces tendrían que ad ministrar.

Cuando el T.S. ha constitucionalizado derechos -- prestacionales, no ha parado en el factor económico pe se a que la cláusula de igualdad, en que su creación -- se fundamenta, no es una cláusula que pueda determinar el aumento de recursos, sino la redistribución de los mismos cuya cuantía total no tiene por qué variar ---- (1.715).

Cuando el T.S. ha utilizado los welfare rights co mo principios interpretativos, ha motivado igualmente la extensión de prestaciones por vía de entender que -- la finalidad de la ley favorece la extensión más que -- la invalidación total de la prestación antes discrimi natoria (1.716).

Pues bien, en el primer caso, la no constituciona lización de derechos prestacionales se debe en gran -- parte a la idea de que el costo económico de la consti tucionalización sería excesivo. Tan excesivo, que se ha subsumido en el principio jurídico, derivado de la se paración de poderes, de que no es función judicial re mover las desigualdades socio-económicas cuando ello -- acarrea un aumento considerable del gasto público y, --

en concreto, cuando acarrea una carga presupuestaria cuyo importe corresponde fijar a las legislaturas, -- siendo una función prototípicamente legislativa. Normalmente, sólo la primera parte del argumento es el -- que sale a relucir en las sentencias (1.717).

Si el principio juega a nivel interpretativo es entonces cuando el factor costo aparece ya claramente (1.718). Precisamente la política económica neolibe-- ral va a poner más de manifiesto todavía esta tenden-- cia. Los dos casos resueltos por el T.S. en el curso de 1980 aplicadores del test de la racionalidad mues-- tran precisamente este influjo. Ya los hemos examina-- do al estudiar la razón como fuente normativa (1.719), de todas formas, queremos insistir, en cómo la mecáni-- ca del costo económico no opera realmente como factor de oportunidad, o, si se prefiere, cómo a los pocos -- casos de establecerse como factor de oportunidad se -- embebe en un principio jurídico mucho más general de la separación de poderes el que podría formularse co-- mo sigue: la fijación del gasto público es competen-- cia del órgano legislativo y del ejecutivo a través -- de la elaboración de los presupuestos generales.

De todas formas, remito de nuevo a mi trabajo -- acerca de la pugna entre los principios neoliberales y sociales donde queda plasmada de forma mucho más -- gráfica, con el análisis concreto de esta jurispruden-- cia, este procedimiento de "juridificación" (1.720).

A:9.- Conclusiones.

El repaso de toda la jurisprudencia en la cual -- parecen predominar los criterios políticos sobre los -- criterios jurídicos nos sirve precisamente como ilus-- tración de las conclusiones que siguen.

Aunque el T.S. actúa a veces como órgano político, siempre reconduce a principios constitucionales, o mejor, a los valores o intereses constitucionales, la elección de una de las posibles alternativas que se le plantea.

El número de presos puede ser un criterio de oportunidad, pero también es un principio jurídico: el de la paz y seguridad ciudadanas. Sullivan (1.721) podía haber elegido una línea concreta distinta, pero J. --- Brennan eligió la que creyó que garantizaba mejor la primera enmienda sin dislocar totalmente el derecho al honor. La segunda parte de Roe (1.722) intentó un difícil equilibrio entre la autonomía de decisión y el interés estatal en la protección de la vida en potencia, aunque no hay por qué estar de acuerdo precisamente con ese equilibrio. Miranda (1.723) se basaba en la única forma viable que el T.S. pudo imaginar para proteger la aplicación de la quinta enmienda. Reynolds --- (1.724) parte de, e intenta proteger al máximo, la igualdad en la participación política ... etc., etc.

Todos ellos son valores constitucionales a los que el T.S. ni es, ni puede ser ajeno" (1.725).

El método jurídico no consiste tanto en la elección entre alternativas como en que la elección en sí misma se vincule a los valores constitucionales. Estos tienen una fuerza informativa que el juez no puede rehuir.

Hace pocos años Cox relataba una anécdota sabrosa.

Tratando de explicar en una clase la diferencia entre la función del Congreso al promulgar una ley y la de un tribunal al dictar una sentencia, para tratar de aclarar la función política y la jurídica, puso "co

mo ejemplo a un estudiante un proyecto de ley prohibiendo las huelgas en la industria de la construcción, desarrollando luego toda la habilidad posible para -- enumerar todos los pros y contras del proyecto que un legislador consciente, sabio, sin ambición personal y apartidista tendría en cuenta. Preguntó entonces al -- estudiante que, si ésta era la función del legislador ... ¿cuál era la del tribunal?. ¿Tendría éste que volver sobre los mismos factores?. Si no, ¿cómo debía limitarse la definición de la función judicial?. El estudiante respondió que (se) basaba en una hipótesis -- falsa. Lo que había descrito no era la función legislativa, sino la judicial". "Aunque rechazo su descripción de la función judicial", concluye Cox, "el estudiante se había acercado algo a la verdad (1.726)".

Efectivamente, lo había hecho al reflejar la necesidad de objetividad y neutralidad, pero el propio Cox insiste sobre la otra parte de la verdad, aunque sin mencionarlo expresamente como tal. No bastan la imparcialidad y neutralidad subjetivas, sino que, a continuación de lo anterior, añadió: "la habilidad para racionalizar honestamente una decisión constitucional en términos de principios jurídicos referibles a los precedentes y otras fuentes del Derecho aceptadas como tal, es, según la tradición jurídica, el mayor ingrediente esencial del T.S. para recabar el soporte y la aceptación de la jurisprudencia (1.727)".

Estas fuentes, en el caso de los argumentos presuntamente políticos, no son éstos mismos, sino que -- "lo político" o "lo oportuno" pasan a enmarcarse como principios jurídico-constitucionales concretos para -- adoptar, conforme a las fuentes más típicamente jurídicas, el valor que les corresponda en el ordenamiento constitucional.

A:10.- Pequeña nota acerca del constitutional common law.

Uno de los fenómenos más curiosos que produjo la jurisprudencia del Tribunal Warren, y en concreto las llamadas Miranda rules (1.728), fue el bautizado por Monaghan como constitutional common law en uno de los célebres prólogos que a los comentarios de cada curso del T.S. edita la Harvard Law Review (1.729). Para el profesor de la Universidad de Boston "(la naturaleza de) gran parte de lo que se toma por interpretación constitucional autorizada se entendería mejor si consideráramos que se trata de algo distinto -una subestructura de normas procesales, materiales y remediales que derivan su inspiración y autoridad de, pero no son requeridas necesariamente por, distintos preceptos constitucionales; es decir, un common law constitucional -susceptible de ser modificado, cambiado o incluso derogado por el Congreso (1.730)".

Este common law no sería sino una variante, o mejor, un sector del federal common law muy recortado -- desde Erie Railroad Co. v. Tompkins (1.731), pero todavía existente; federal common law que configura áreas de creación jurisprudencial de carácter legislativo -- siempre modificables por normas con rango de ley ordinaria.

Este tipo de jurisprudencia existiría allí donde el T.S. se ve necesariamente envuelto en la definición de las dimensiones de un Derecho Constitucional porque los Estados o el gobierno federal no han hecho nada para potenciar el ejercicio del derecho concreto de que se trate (1.732), pero donde a la vez el T.S. no puede explicar adecuadamente la fuente de autoridad en que se basa la elección de determinada "subnorma" entre --

las varias que potencialmente pueden proteger ese derecho (1.733).

El T.S. tiene necesariamente que crear estas "subnormas" tendentes a hacer eficaces y reales los derechos, pero este es su único enlace con el texto constitucional: su finalidad protectora. Por ello, no pueden considerarse interpretaciones de la Constitución, sino en un sentido muy lejano.

Precisamente el reconocimiento de que hay varias alternativas de protección de los derechos suele ser -- un índice de que se trata de constitutional common law modificable por la legislatura competente, federal o -- estatal.

Los presupuestos de la doctrina consisten, pues, en reconocer abiertamente, como ya hiciera Hill, que -- las sentencias son normas "^{subsidiarias} diarias" (1.734)", que estas normas son "creadas" en el sentido de que la Constitución no las impone necesariamente y que, al ser -- common law, cualquier ley ordinaria puede modificarlas.

Estos presupuestos no implican sino la extensión de concepciones que siempre fueron legítimas en determinados campos a la generalidad del enjuiciamiento -- constitucional o, al menos, a la mayoría de éste.

Junto en el área de los remedies como en el estrictamente procesal (legitimación, jurisdicción de -- apelación-certiorari ... etc.) el T.S. puede crear reglas, pero el Congreso tiene potestades más que suficientes para modificarlas y regularlas por ley como -- desee.

Este poder también existe claramente en campos --

sustantivos del Derecho Constitucional y, singularmente, en el de las relaciones federales ligadas a la -- cláusula de comercio. Por mucho que el T.S. anule leyes estatales por infringir la cláusula cuando el Congreso no ha asumido explícita ni implícitamente la -- competencia (preemption doctrine) el Congreso puede -- por ley ordinaria considerar que la competencia es de los Estados, revocando así en cierto modo las sentencias del T.S. (1.735).

También en el campo de los derechos individuales el Congreso puede interpretar la Constitución de forma distinta al T.S. y la interpretación de aquél prevalece sobre la de éste.

Se trata de aquellos supuestos en que la Constitución delega en el Congreso el desarrollo de un precepto constitucional (1.736). Hasta Katzenbach v. Morgan (1.737) y Oregon v. Mitchell (1.738) se había interpretado que esas delegaciones otorgaban al Congreso el poder de interpretar la Constitución sin ir más allá. Es decir, el Congreso, invocando el poder de -- las delegaciones constitucionales, estaba legitimado para hacer leyes que extendieran la protección de los derechos fundamentales a que la delegación se refería, pero esas leyes se entendían revisables por los tribunales en el caso de que se extralimitaran (1.739).

Sólo en el supuesto de que lo que el Congreso se limitara a hacer en esa ley fuera extender a las conductas privadas el alcance de los preceptos constitucionales, salvando así el requisito de la state action, había admitido el T.S. que el Congreso extendiera, -- más allá de lo que el propio texto ordena, la eficacia de la Constitución. Pero la acción del Congreso, leyes de derechos civiles, no se basaban precisamente

por miedo a la anulación de las leyes por el T.S. en la delegación de la sección 5 de la enmienda 14, sino en la cláusula que más deferencia recibía: la cláusula de comercio (1.740).

Sin embargo, en Katzenbach v. Morgan (1.741) el T.S. sentó la doctrina de que los tribunales respetarían la autoridad del Congreso para definir la igualdad aunque no estuvieran convencidos de que ellos mismos llegarían al mismo resultado actuando independientemente. En una palabra, el Congreso tiene una capacidad de definición y protección de los derechos de igualdad superiores a los del T.S. en virtud de la delegación constitucional a aquél operada por la enmienda 14, sección 5.

Morgan enjuiciaba la constitucionalidad de la sección 4, c. 2 de la Voting Rights Act de 1965 (1.742) - que establecía la imposibilidad de denegar el derecho de voto en elecciones estatales por no superar el test cultural a las personas que hubieran aprobado el sexto grado en una escuela de Puerto Rico donde se estudiaba en español.

El Congreso no tiene poder para regular las elecciones estatales, pero se entendió que era un caso de ejercicio de la delegación de la sección 5 de la enmienda 14, siendo constitucional la ley aunque, en el estado de la jurisprudencia en 1964, el T.S. no podía declarar los illiteracy tests inconstitucionales en sí mismos sin ayuda de legislación.

Morgan revolucionaba el esquema clásico de relaciones T.S.-Congreso.

La limitación del principio vino, sin embargo, muy

pronto, introduciendo la confusión. Oregon v. Mitchell (1.743) enjuiciaba tres secciones de la Voting Rights Amendment Act de 1970: la sección 302 prohibía denegar el derecho de voto en todas las elecciones a los menores de 18 años; la 201 aplicó a todas las elecciones - la prohibición de literacy tests y la 202 prohibía las exigencias estatales de requisitos de residencia superiores a 30 días para poder votar en elecciones presidenciales. La segunda sección fue mantenida por unanimidad; la tercera por 8-1 (1.744) y la primera fue sostenida por 5-4 en el campo federal pero anulada, también por 5-4, para elecciones estatales (1.745).

El límite a la doctrina de Morgan se basó, en palabras de J. Black, en que el Congreso no había hecho averiguación alguna (legislative findings) para comprobar si el aumento de la edad de votación por los Estados había sido usado para discriminar racialmente ---- (1.746).

La doctrina de Morgan, por tanto, sólo es válida en tanto en cuanto el Congreso basa su poder delegado en la averiguación de hechos que el T.S. no puede hacer por considerarse más incompetente que el Congreso en el uso de estas técnicas típicamente legislativas - (1.747).

De todas formas, este es uno de los campos donde la doctrina constitucional es más dudosa pues no se sabe claramente ni mucho menos hasta dónde alcanzan los poderes del Congreso en desarrollo de la enmienda 14 - (1.748).

Sin necesidad incluso de recurrir a la técnica de la delegación, y siguiendo criterios estructurales generales (1.749), el T.S. ha permitido, por ejemplo, al

Congreso, la reserva de cuotas raciales benignas después de haberlo declarado inconstitucional como regla general (1.750).

Si el papel del Congreso reforzando derechos constitucionales es dudoso, el papel recortando (diluting) esos derechos lo es todavía mucho más. La regla general es la negativa expresada en otra de las célebres notas a pie de página de las sentencias del T.S. (1.751). Lo más que puede permitirse es la sustitución de la sentencia del T.S. por un medio igualmente eficaz de protección (1.752), pero tampoco el alcance de la nota de J. Brennan está muy claro (1.753). Esta duda abarca incluso campos donde tradicionalmente estaba claro el poder del T.S., campos tales como el de la sustitución de los remedies jurisprudencialmente creados (1.754).

Todas estas líneas jurisprudenciales son, pues, - las que permitieron a Monaghan formular su teoría, o - posteriormente a Lusky justificar la defensa de un concepto de la constitutional adjudication mucho más creativo que el tradicional (1.755).

Lusky ha propuesto recientemente una nueva teoría del judicial review que se basa en la extensión al poder judicial de la teoría de los poderes implícitos. - En todo caso, Lusky no es nada claro al intentar dar - contenido a esos poderes implícitos del poder judicial. Su principal afirmación consiste en que su teoría "sugiere (a) que el T.S. no necesita adoptar una postura pasiva y esperar a que una cuestión constitucional se le presente como caso o controversia y (b) que el T.S. no está limitado a la interposición de un veto negativo contra medidas iniciadas por otros órganos o poderes públicos, sino que puede él mismo iniciar cambios

en el ordenamiento o incluso requerir la creación de estructuras administrativas para hacer efectiva la -- aplicación de la Constitución (1.756)".

Por ello, utiliza los conceptos de (A) judicial review definitivo o tentativo y (B) law making y constitution making.

En el primer par es el concepto de judicial ---- review tentativo el que implica nuevos aspectos. El -- fundamento para este tipo de actuación judicial es el siguiente: "los constituyentes dieron al Congreso un cierto poder en orden para facilitarle (pero no obligándole) trabajar en la consecución de los fines que los constituyentes consideraban deseable. Nosotros, -- el T.S., asumimos que el Congreso quiere hacer lo que los constituyentes esperaban de él; pero el Congreso no ha (actuado porque) la medida que exige la aplicación de la Constitución no es muy importante, o simplemente no se ha preocupado de que sea efectiva a un nivel general ... Así pues, declaramos inválida (de-- terminada actuación). Pero no cuestionamos la autoridad primaria del Congreso para decidir si dicha actuación pública tiene en realidad el potencial dañoso -- que nosotros creemos que tiene. Así pues, si el Congreso está en desacuerdo con nuestra decisión y decide sostener (la validez de la actuación pública), nosotros también lo haremos (1.757)".

"El efecto del judicial review tentativo consiste en cambiar la carga de la iniciativa legislativa -- (1.758)". Los tribunales la asumen.

Son, pues, law making en el sentido que a este -- término otorga Lusky: "formulación de estándares de -- conducta ... que los poderes públicos se ven obliga--

dos a hacer efectivos (1.759)", en vez de constitution making: "limitación de la actuación de los poderes públicos (1.760)".

El problema consiste en determinar si tanto Monaghan como Lusky buscan realmente la ampliación del concepto de judicial review o si, por el contrario, lo que pretenden es extender las posibilidades de estas líneas jurisprudenciales concretas que hoy constituyen el federal common law a todos aquellos casos en que de alguna u otra manera aparecen alternativas en las sentencias del T.S.

De esta forma, en aquellos casos en que la oposición social o parlamentaria, estatal o federal, a la jurisprudencia del T.S. fuera manifiesta, bastarían leyes ordinarias para modificar la doctrina, dotando de más flexibilidad al conjunto de la interpretación constitucional (1.761).

En todo caso, aunque la teoría del constitutional common law sirve para explicar y racionalizar las líneas jurisprudenciales concretas a que hemos venido haciendo referencia, su extensión más allá de las mismas probablemente implicaría, en palabras de Schrock y Welsch, los más tajantes opositores al concepto de constitutional common law "la disolución de nuestro constitucionalismo (1.762)", por lo que precisamente por ello no han recibido demasiado eco en el resto de los constitucionalistas norteamericanos.

B.- LA EMPIRICAL JURISPRUDENCE: LAS CIENCIAS NATURALES Y SOCIALES COMO FUENTES DE NORMAS CONSTITUCIONALES.

B:1.- Introducción.

Una de las características del proceso constitu--

cional norteamericano que más asombra al lector europeo es el número de veces que las ciencias empíricas salen a relucir.

El fenómeno se ha acentuado hasta el extremo de que el T.S. ya ha recurrido abiertamente, como veremos, a la respuesta "científica, no jurídica" en la formulación de las normas subsidiarias; y lo ha hecho, además, a veces, con expreso rechazo de otras fuentes normativas o criterios de interpretación tradicionalmente jurídicos.

El presente epígrafe pretende estudiar el por qué y el cómo de ese uso; uso que, por otra parte, ha venido a denominarse "empirical jurisprudence (1.763)"

B:2.- El origen histórico de esta jurisprudencia.

Independientemente de un hecho histórico real como fue la pura necesidad de una mucho mayor depuración conceptual de las "cuestiones de hecho" y "de derecho", motivada por el uso de los jurados en el common law - (1.764), el movimiento se originó por la adopción por los jueces del criterio de la racionalidad como equivalente al de constitucionalidad (1.765). No es de extrañar, por tanto, que fuera en la interpretación de la cláusula de substantive due process donde se introdujo por primera vez.

La operatividad de dicha cláusula en aquel entorno histórico estaba en conexión con el llamado state police power (1.766). Se trataba, precisamente, de demostrar que la intervención pública en las relaciones laborales era un medio racional de regular la salud pública. Naturalmente, esa racionalidad se podía medir en términos valorativos o en términos empíricos:

¿influye o no influye en la salud de los trabajadores la regulación de la jornada ... o cualquier otra norma laboral?.

Para combatir la posición contraria de los jueces de aquél entonces la doctrina norteamericana, con Roscoe Pound a la cabeza, se lanzó a la elaboración de lo que se denominaría "sociological jurisprudence (1.767)", madre del realismo jurídico norteamericano. La relación de racionalidad no es una cuestión de derecho, sino de hecho. "La ignorancia de las situaciones reales de hecho que motivaron la legislación y la ausencia de garantía alguna de que los tribunales lleguen a conocerlas han sido los dos principales motivos de que los tribunales anularan tanta legislación social (1.768)".

El ámbito de "lo empírico" comenzó desde entonces a extenderse pasando a dominar progresivamente la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados (igualdad por ejemplo) o patrones de conducta (del buen pater familias, por ejemplo).

La primera plasmación de esa filosofía en un proceso judicial fue la famosa Brandeis brief (1.769). - No siendo todavía juez del T.S., en el caso Muller v. Oregon (1.770), Brandeis sometió a la consideración de aquél, en el enjuiciamiento de una ley reguladora de la jornada máxima, un escrito de alegaciones consistente en dos páginas de argumentos legales y ciento once de estadísticas, informes industriales, documentos de médicos e incluso interviews con trabajadores y empresarios (1.771).

Siendo ya juez del T.S. tuvo ocasión posteriormente de aportar este tipo de argumentación en algún vo-

to particular (1.772), pese al disgusto de figuras liberales como J. Holmes (1.773).

Naturalmente, no sólo la cláusula de substantive due process se interpretaba como un juicio de racionalidad, sino que este tipo de test estaba mucho más generalizado (1.774).

Ello dio lugar precisamente a una construcción -- muy especial de la presunción de constitucionalidad. -- No se trataba de la deferencia normal de huida a los pronunciamientos del legislativo, sino que su formulación consistía en que la racionalidad de la ley tenía que ser contradicha por los hechos presentados en la argumentación para vencer la presunción (1.775); es decir, "toda legislación hay que presumirla basada en hechos ciertos, luego la presunción de constitucionalidad debe prevalecer en la ausencia de algún fundamento de carácter fáctico (1.776)". Son, por tanto, los hechos, no los argumentos de derecho, los que vencen la presunción de constitucionalidad que cobra así su primitivo sentido conceptual jurídico (1.777).

B:3.- La multiplicación del uso de las ciencias extra-jurídicas.

Sin embargo, el gran desarrollo de su uso no vendría hasta mucho más tarde, pese a anécdotas más o menos curiosas como la del cuestionario que J. Murphy envió a las fuerzas de policía de 28 ciudades para determinar la relación existente entre la admisibilidad de la exclusionary rule y el entrenamiento de la policía (1.778).

La multiplicación del uso de fuentes extrajurídicas se ha debido a la mucha mayor atención prestada, --

progresivamente, a la inter-relación entre las ciencias sociales y el Derecho (1.779).

En segundo lugar, el reconocimiento abierto de que los tribunales "hacen la ley", impulsó el uso de las ciencias por los abogados.

Naturalmente, en tercer lugar, el tipo de cláusulas que el T.S. comenzó a aplicar también influyó decisivamente: la cláusula de igualdad se presta mucho más a este tipo de jurisprudencia, toda vez que si se admite el impacto de una ley (y no de su intención) como motivo determinante de la violación constitucional, dicho impacto sólo puede ser demostrado a veces mediante el uso de la sociología. La jurisprudencia acerca de la segregación de iure-de iure, de iure-de facto es amplísima y sólo examinarla nos llevaría muy lejos ---- (1.780).

El uso de datos extralegales en la cláusula de igualdad no sólo tiene ese fundamento sino que también se debe a la necesidad de los Estados de demostrar que su interés en la legislación es compelling, substantial o simple frente a un examen estricto, intermedio o de mera racionalidad de su legislación (1.781).

El uso de las ciencias del comportamiento en la cláusula de igualdad no sólo se produce en la prueba de hechos pasados (prueba de la violación), sino también como prueba de hechos futuros, es decir, como "predicción" de dichos hechos.

Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart (1.782) constituye precisamente un ejemplo de este último tipo de uso, que presenta el problema básico de toda predicción: ¿hasta qué punto puede aplicarse -

una predicción generalizada, por muy cierta que sea, a un sujeto individual?.

En Manhart, la reclamación era por desigualdad -- por razón de sexo. Un plan municipal de pensiones para los funcionarios había dispuesto que las mujeres, "dado que viven más tiempo que los hombres" tenían -- que cotizar más cantidad proporcional de salario. El T.S. rechazó el argumento: independientemente de que la mayor longevidad sea cierta, lo que puede serlo en un gran porcentaje de casos, "es igualmente cierto -- (que) todos los individuos de la respectiva clase no tienen las características que diferencian a la media estadística". Sin embargo, el T.S. matizó que se trataba no de la aplicación de la Constitución (enmienda número 14) sino del Título VII de la Civil Rights Act de 1964 y "la finalidad básica (de dicha ley) requiere que nos fijemos en la justicia individual más que en la justicia de grupo". La cuestión a nivel constitucional no ha sido, por tanto, enjuiciada todavía.

Hay que tener en cuenta, igualmente, que a nivel inferior al constitucional, el uso de las ciencias empíricas está totalmente extendido en Norteamérica. Toda afirmación "de sentido común" tiende a ser puesta en duda en la actualidad, lo cual, utilizando la terminología de Dworkin (1.783), implica que todo "juicio interpretativo" tiende a ser sustituido por un -- "juicio causal". Tanto el uso de "científicos" para la determinación de hechos pasados, en el proceso penal: psicólogos-psiquiatras en la defensa por "insanity" - (1.784), Estadísticas usadas por los fiscales para dirigirse al jurado acerca de la "razonable culpabilidad" del acusado (1.785) ... como en el proceso civil (1.786), principalmente en Tort Law, pero también en otros campos como el relativo al Derecho de familia -

(1.787) y, sobre todo, en Derecho Administrativo y en especial en el Antitrust Law (1.788 y 1.789), como para la determinación de hechos futuros, singularmente -- en la predicción de violencia dado el sistema penal -- norteamericano (1.790), han generado una auténtica extensión del tema.

En cuarto lugar, otra gran causa de la multiplicación del uso de ciencias empíricas la constituye la -- nueva tarea de administración en que los tribunales se han visto envueltos desde la creación de nuevos remedies (1.791).

Como dice Horowitz, "a medida que los tribunales se enfrentan con áreas nuevas, especializadas y poco -- familiares, se encuentran con una plétora de cuestiones relativas al comportamiento humano que va más allá de su habilidad para responderlas sobre la base del -- sentido común (1.792)".

Las public interest law firms están mucho más especializadas en la aportación de evidencias de hechos sociales que lo que lo estaba la abogacía clásica ---- (1.793).

Hay que tener en cuenta que el juez, al verse envuelto en problemas de gran magnitud al actuar la legitimación por grupos sociales, tiende también a diversificar lo que se ha venido a llamar historical facts -- de los social facts (1.794). Los primeros son los hechos concretos que motivan el proceso. Los segundos -- son los patrones de conducta general que se van a ver implicados en la sentencia.

Toda administración cotidiana de instituciones tiene que tener en cuenta tanto los primeros como los segundos.

Finalmente, en quinto lugar, hay que reseñar como factor de su llegada al T.S. la mutua influencia de -- los distintos sectores jurídicos. El gran paso adelante lo dio, como veremos, el T.S. en Brown I (1.795). -- Todos los procesos que implicaban interpretaciones legales se aprestaron desde entonces a utilizarlas provocando su incorporación al proceso ordinario. El T.S. simplemente recoge ahora toda la problemática que un -- uso normalizado de dichas fuentes por los tribunales -- inferiores (motivado por el propio T.S. en su utilización de las mismas en Brown I) ha provocado.

B:4.- El valor jurídico de las ciencias empíricas.

Sin embargo, pese a la multiplicación de su uso, podemos afirmar (con cierto temor a equivocarnos pues la bibliografía es inmensa) que ningún jurista norteamericano ha racionalizado satisfactoriamente el distinto valor que los datos de las ciencias empíricas juegan en la operación intelectual de interpretación de -- la Constitución o de cualquier otra norma.

Esta racionalización ha dado lugar a clasificaciones (1.796) ninguna de las cuales nos satisface enteramente. Nosotros hemos optado por utilizar el criterio que atiende exclusivamente al papel que juega en la de limitación del contenido de los conceptos jurídicos in determinados.

De mayor a menor este papel puede ser triple: (A) determinación de hechos determinantes que no afecta a la definición del concepto; (B) delimitación del concepto mismo y (C) intermedio entre los dos.

En el primer caso, el concepto jurídico indeterminado está perfectamente claro y no se ve afectado por

la variación de los datos empíricos. Conceptualmente todo el mundo sabe lo que es efecto escalofriante --- (chilling effect) o disuasorio (deterrent effect). -- Las ciencias empíricas pueden ayudar a delimitar el contenido fáctico en general o en casos concretos, pero el concepto jurídico indeterminado no varía.

En el segundo, es el concepto jurídico indeterminado en sí mismo el que puede variar (no totalmente claro está). El jurado deja de serlo si su limita---ción en número es tal que ya no permita hablar de jurado. Y ese dato puede proporcionarlo (dice el T.S.) el uso de ciencias empíricas. Con la viabilidad fetal ocurre lo mismo. El concepto no variará de acuerdo -- con los datos aportables a un caso concreto por las ciencias empíricas, sino que sólo variará cuando di---chas ciencias en general, y con independencia de un caso concreto, determinen otro contenido.

A caballo entre los dos están aquellos conceptos en que los usos de las ciencias empíricas configuran, o pueden configurar, variaciones en la estructura social que soporta el lenguaje. No creo necesario volver ahora sobre cuanto dijimos acerca de la analítica lingüística (1.797), pero sí recomendamos al lector que lo haga. En estos casos, el uso de las ciencias empíricas sirve para reestructurar no el concepto jurídico indeterminado en sí mismo, sino la estructura so---cial que lo soporta, por lo que más que delimitar sólo el concepto, delimita o reforma, a la vez, los hechos determinantes que los sustentan. El uso de ciencias empíricas para determinar la inconstitucionalidad de la doctrina "separados, pero iguales", inconstitucionalidad no tajante como veremos, puede utilizarse como ejemplo prototípico.

Comenzamos por este último por razones históri---

cas, aunque sobra el señalar que sólo cuando se da el segundo supuesto es cuando se pretende la auténtica empirical jurisprudence; cuando las ciencias empíricas - adquieren en cierto modo el carácter de fuentes en el sentido con que esta tesis lo viene utilizando.

(a).- La polémica de la nota 11 de Brown I.

Si ha habido, y las hay, alguna nota a pie de página en sentencias del T.S. que haya motivado polémica, la "footnote 11" de Brown I (1.798) se lleva la palma.

Acompañando a la afirmación en el texto de que — "cualquiera que fuera la extensión de los conocimientos de psicología en la época de Plessy v. Ferguson — (1.799), la doctrina moderna defiende ampliamente este hecho (el efecto nocivo en los niños negros de la segregación en la educación)", el T.S. añadió, a pie de página, la susodicha nota recogiendo una serie de artículos de carácter psicológico y sociológico (1.800).

Hasta qué punto esta nota era o no determinante - del fallo ha sido una cuestión debatida hasta la saciedad en la literatura jurídica norteamericana (1.801). Todavía un cuarto de siglo después se encuentran opiniones contradictorias (1.802).

El propio Presidente del T.S., Earl Warren, intentando apagar la polémica, comentó posteriormente que - los estudios fueron citados como "mero soporte" y "no como el fundamento sustantivo" del fallo. "Después de todo, sólo se trata de una nota a pie de página", dijo (1.803).

En todo caso, cualquiera que fuera el valor real, había motivado gran discusión entre los jueces, sobre

todo por la oposición a su inclusión por parte de J. Jackson (1.804) y gran parte de la vista oral había -- transcurrido en el interrogatorio, como experto de una de las partes, de K. B. Clark, cuyo estudio aparece citado en primer lugar en dicha nota (1.805). El T.S., -- precisamente no "derogó" Plessy debido a este matiz: no es la regla jurídica, sino la situación de hecho (el -- estado de progresión de las ciencias empíricas) lo que había cambiado.

(b).- El control de los hechos determinantes.

Existen campos donde las técnicas como la retroac-
tividad, extensión o nulidad parcial ... de las senten-
cias constitucionales (1.806), como la apreciación de
existencia o inexistencia de jurisdicción (1.807), o --
como la elegibilidad o aplicabilidad de un remedy con-
creto, se basan en principios jurídicos tradicionales,
o incluso estándares genéricos de comportamiento, cuya
existencia real puede ser hoy en día constatada por --
las ciencias del comportamiento humano. Hasta qué pun-
to se está operando una sustitución de afirmaciones in-
tuitivas por dichas técnicas es la pregunta a contes-
tar.

Dejando aparte el tema de los remedies porque su
muy especial naturaleza le sitúa a medio camino entre
las normas sustantivas y la mera constatación de he-
chos (1.808), dos campos han sido considerados espe-
cialmente aptos en Derecho Constitucional, para este --
tipo de enfoque: el llamado chilling effect (1.809), --
como elemento determinante de la existencia de legiti-
mación y el llamado deterrent effect (1.810), como --
principio base de muchas normas, sancionadoras o no.

b:1.- El chilling effect.

A efectos de que un Tribunal Constitucional aprecie o no la existencia de legitimación y, — por tanto, de jurisdicción, la determinación de hasta qué punto existe un chilling effect es un problema normalmente objeto de un juicio típico de concepto jurídico indeterminado.

En Norteamérica, no está claro ni siquiera hasta qué punto si hay chilling effect existe legitimación. Normalmente su apreciación como interés suficiente sólo se ha reconocido, en parte, en el ámbito de la primera enmienda (1.811).

En todo caso, lo que a nosotros ahora nos interesa es que el chilling effect, dicen los — psicólogos, es algo realmente constatable científicamente. Un demandante en un juicio constitucional debería, por tanto, poder aportar prueba (1.812) de tal efecto psicológico.

El propio T.S., en una tendencia racionalizadora, lo ha hecho a veces.

En Keyishian v. Board of Regents (1.813) el T.S., "derogando" una sentencia anterior en 15 — años, Adler v. Board of Education (1.814), apreció la inconstitucionalidad de la New York Civil Service Law y de la llamada Feinberg Law de 1949 cuya finalidad era la de eliminar "elementos subversivos del sistema de enseñanza pública".

La primera de ellas negaba la posibilidad — de empleo público a todos aquellos que (a) defendieran doctrinas proponentes del cambio de sistema de gobierno mediante la violencia o medios — ilegales; (b) publicaran materiales que defendie

ran tal postura o (c) organizaran o se unieran a organizaciones que defendieran tales ideas. La segunda requería de la Board of Regents que aplicara efectivamente la anterior ley y que hiciera -- una lista de tales organizaciones.

En 1952, contribuyentes, maestros y padres -- de alumnos impugnaron la segunda. El Tribunal de Apelación de New York (1.815) sostuvo la ley entrando en el fondo. El T.S. simplemente afirmó la sentencia apelada sin discutir el tema jurisdiccional.

Pero J. Frankfurter emitió un voto particular indicando que el T.S. carecía de jurisdicción porque el caso no era "ripe" (1.816), pues no se sabía el efecto que dicha ley podía tener en el futuro.

J. J. Black y Douglas fueron más directos: -- la ley producía un chilling effect y, por tanto, habría de ser anulada hablando éste último incluso de la futura "caza de brujas" que produciría y de que "inevitablemente las escuelas se convertirían en nidos de espías".

Quince años después, Keyishian declaró la -- misma ley inconstitucional. La sentencia mayoritaria de J. Brennan apreció que la ley era excesivamente "vaga": "debemos protegernos contra el peligro del chilling effect sobre el ejercicio de derechos vitales protegidos por la primera enmienda, de tal forma que los profesores sepan exactamente qué conductas son las penalizadas. La confusión -- creada por el Estado de New York carece de toda -- posibilidad de medida objetiva".

Por el contrario, examinando en el mismo caso una ley de 1958 que hacía de la pertenencia - al Partido Comunista como tal una posible causa de descalificación para el empleo, el T.S. mencionó que "el chilling effect en la mente académica, al recortar de esta forma su libertad de asociación, es manifiesto y ha sido documentado en varios estudios recientes", estudios que aparecían citados en la sentencia (1.817).

Es decir, mientras en el primer supuesto el chilling effect simplemente se afirmó en base a la "notoriedad" que rige las presunciones humanas (~~masora~~), en el segundo el T.S. en cierto modo se vio obligado a aportar algo más, ciencias sociales y del comportamiento, para asentar esa "notoriedad".

Como los social scientists han puesto de relieve (1.819), en el primer supuesto, "no se había estudiado si las predicciones de J. Douglas en Adler habían llegado a ser realidad", y, en el segundo "ninguno (de los estudios citados) documentaban o dejaban manifiestamente claro, al contrario de lo que afirma J. Brennan, el chilling effect en la mente académica del recorte de la libertad de asociación" y "ninguno se había dedicado a investigar los resultados de 15 años de aplicación de la susodicha legislación de New York".

En un caso por defecto (aplicación sustantiva) y en otro por mala utilización (problemas a la vez sustantivo y procesal) la culpa del resultado se deriva del hecho de no reconocer abiertamente la fuerte normativa.

b:2.- El deterrent effect.

(a').- La pena de muerte.

Pese a los intentos de J. Goldberg en tal sentido (1.820) sólo en la década de los 70 ha decidido el T.S. a entrar en el tema de la constitucionalidad de la pena capital. Sin embargo, el Tribunal Burger, ejerciendo una especie de -- examen estricto de la constitucionalidad parecido al que el Tribunal Warren creó para la cláusula de igualdad (1.821), entró de pleno en el tema, primero con un matiz claramente procesalista (1.822) y luego sustantivo (1.823).

Pues bien, el diálogo entre los jueces del T.S. es un diálogo auténtico de filosofía del Derecho en la discusión de la justificación de la pena de muerte.

El primer caso anulando una ley estatal fue Furman v. Georgia (1.824). Si resumimos las premisas de los 5 votos mayoritarios (1.825) con -- Brest, las opiniones de la mayoría se basaban en ~~cinco~~^{cuatro} afirmaciones de hecho: (a) que la pena de muerte se imponía discriminadamente en desfavor de las personas de baja condición social y de -- las minorías; (b) que se imponía arbitrariamente, es decir, que su imposición no seguía patrones -- claramente discernibles; (c) que no tenía más -- efecto disuasorio que la imposición de cadena -- perpetua; y (d) que era inaceptable para los estándares contemporáneos de decencia (1.826). Las opiniones de los disidentes, especialmente la de J. Powell, se dedicaban a contradecir esas afirmaciones.

Tanto el aspecto discriminatorio de la imposición de la pena de muerte como el aspecto disuasorio fueron afirmaciones basadas en estadísticas y estudios de ciencias sociales, acompañando algunos jueces (1.827) apéndices estadísticos explicatorios de su exposición.

Precisamente ha sido este tipo de enfoque - el que ha motivado los estudios empíricos sobre las penas de muerte más importantes en los últimos años (1.828).

En todo caso, en los casos relativos a la imposición de pena capital, las ciencias sociales se han usado sin reparo alguno para afirmar o negar empíricamente "hechos constitucionales", es decir, los hechos determinantes en que se basan conceptos jurídicos indeterminados, como, típicamente, el de si es verdad o no que la pena capital produce un efecto disuasorio en el resto de la sociedad.

Quizás sea incluso el campo más progresivo si tenemos en cuenta que el T.S. ya ha admitido abiertamente incluso la validez de las predicciones de comportamiento futuro a efectos de determinar si se puede imponer o no la pena capital.

En Jurak v. Texas (1.829), uno de los casos en que lo revisado eran los procedimientos por los que se impone (1.830), el T.S. apreció la -- constitucionalidad de una ley de Texas en la --- cual se determinaba que la pena de muerte podría imponerse por asesinato con cinco circunstancias agravantes cuando, además del veredicto de culpabilidad, el jurado respondiera afirmativamente a

tres preguntas, la segunda de las cuales era exactamente la siguiente: "¿Es probable o no que el -- acusado cometa en el futuro actos criminales violentos siendo una cotidiana amenaza para la sociedad?"

Jurek alegó que tal procedimiento era inconstitucional porque la pregunta era imposible de -- responder y por tanto excesivamente vaga, violando su due process.

Sin embargo, el T.S. dijo textualmente que -- "desde luego no es fácil predecir el comportamiento. Pero el hecho de que tal decisión sea difícil, no significa que no pueda tomarse. Indudablemente la predicción del futuro comportamiento criminal es un elemento esencial en muchas decisiones que afectan al Derecho penal. La decisión de la libertad bajo fianza, por ejemplo, implica que el juez debe tener en cuenta el posible futuro comportamiento ... Para los reclusos, esta predicción la hacen las parole boards. La tarea que debe llevar a cabo un jurado de Texas ... no se distingue en nada de la que se realiza innumerables veces al día en el sistema penal de los Estados Unidos. Lo que importa es que el jurado tengan presente todos los posibles datos de interés acerca del individuo acusado cuyo destino debe determinar. La ley de Texas claramente asume que toda esa evidencia será presentada en juicio (1.831)".

Ello quiere decir, ni más ni menos, que tanto las predicciones clínicas como las estadísticas (1.832) formarán parte decisiva de estos juicios. Hasta el punto de que el T.S. recurrirá a la norma de Manhart (1.833) para determinar la --

preferencia del método clínico sobre el estadístico es una incógnita. De momento parece haber admitido ambos al hablar genéricamente de "información".

(b').- Otras normas disuasorias.

Ya vimos como el deterrent effect era, embebido en el principio de seguridad ciudadana, uno de los valores constitucionales a enjuiciar la retroactividad o irretroactividad de la nueva doctrina que fijó que el T.S. "derogando" su jurisprudencia anterior (1.834).

Existen además otras, principalmente en el campo procesal-criminal-constitucional, cuyo fundamento es reconocidamente el deterrent effect sobre prácticas inconstitucionales de la policía u otros agentes públicos. Las Miranda rules (1.835) y la exclusionary rule de Mapp v. Ohio (1.836) -- tienen claramente ese carácter y de ahí su aplicación pro-futuro.

Independientemente de la discusión del rango de esas normas (1.837) o de su carácter de norma sustantiva o de remedy (1.838), lo importante es que el T.S. se basaba en el efecto disuasorio para imponerlas, lo que dio pie a que se iniciaran experimentos empíricos discutiendo la realidad de dicho principio (1.839).

Quizás la respuesta al contraste esté en el tiempo en que ambos tipos de normas fueron creadas. La década de los 70 ha sido mucho más receptiva a esta fuente de lo que fue la década de los 60 o, si se prefiere, el Tribunal Burger se ha --

visto mucho más envuelto en el uso de las ciencias sociales que el Tribunal Warren. Probablemente se trate de una tendencia jurídica general de la que no se puede considerar responsable a ninguno de los magistrados del T.S.. En todo caso, no quedaría completo este análisis si no se dijera expresamente que en general la empirical jurisprudence se ha vinculado en Norteamérica a la figura concreta de un juez: J. Blackmun (1.840), en parte porque él fue precisamente el redactor de los votos plural y mayoritario en aquellos casos en que la empirical jurisprudence ha pasado casi a constituir una auténtica fuente normativa: Ballew y Roe, casos de los que pasamos a ocuparnos a continuación.

(c).- Las ciencias empíricas como determinantes del contenido de los conceptos jurídicos indeterminados.

Si el método de interpretación seguido en Brown I (1.841) levantó polémica, Roe v. Wade (1.842) ha dado lugar a la revisión entera de los fundamentos mismos de la justicia constitucional (1.843), aparte de a la mayor contestación social que una sentencia del T.S. - probablemente haya producido jamás. No vamos a entrar en dicha polémica en sus aspectos sustantivo y sociológico, sino en su aspecto "legislativo". Es la segunda parte de Roe la más ligada ahora a nuestro tema.

Al igual que ocurre con otros derechos, una vez que el poder judicial reconoce la existencia de un principio de intervención (declaración de un derecho constitucional) la plasmación específica y los límites de ese derecho son en principio un tema también judicial. Como ningún derecho es en principio absoluto, --

los límites a veces se concretan en líneas más allá de las cuales o bien entran en conflicto con otros derechos constitucionales, o bien se desdibujan en cuanto tales derechos, o bien, simplemente, tienen que parar en un mínimo. Ese mínimo puede especificarse incluso en un número, que está tan lejano ya del mandato constitucional que la Constitución como norma no puede --- prestar ayuda alguna o, al menos, no en un principio, como hemos tenido ocasión de examinar en el epígrafe anterior (1.844).

Las líneas trimestrales que graduaban la potencia de intervención del Estado en la protección de la vida (1.845) se basaban en Roe v. Wade (1.846) en citas de libros médicos y artículos jurídicos que no sólo han sido criticados en cuanto innecesarios para una decisión constitucional judicial, sino en cuanto parciales (1.847) y en cuanto J. Blackmun sacó de ellos conclusiones que ni siquiera están de acuerdo con los datos por ellos proporcionados (1.848).

Esta segunda parte de Roe, sin embargo, no ha sido tan criticada con independencia del juicio moral -- presupuesto de la sentencia. O, mejor dicho, la crítica se ha basado no en la utilización ingenere de la ciencia como fuente normativa, sino tanto en la constitucionalización del derecho en sí mismo (1.849) como en el uso concreto de las ciencias sociales hecho en este caso (1.850), pero no en el hecho de haber recurrido el T.S. a ellas. El T.S. podía haberse limitado a reconocer el derecho, determinando, según vinieran en casos posteriores, hasta dónde llega el derecho de la autonomía personal, recurriendo a otras formas interpretativas más tradicionales. En parte lo que ocurrió es que al carecer total y absolutamente del fundamento el reconocimiento del derecho sustantivo en sí --

mismo, la división posterior en líneas trimestrales -- operada por J. Blackmun no ha sido objeto de tanto estudio.

Si Roe no ha sido criticado en este aspecto, no -- puede decirse lo mismo de Williams v. Florida (1.851) y Ballew v. Georgia (1.852), casos en los que el T.S. trazó la línea siguiente: la enmienda número 6, y la -- 14 en cuanto sirve de extensión de la 6 a los Estados (1.853), cuando requieren un jurado como garantía cons-- titucional, requieren un jurado de 6 o más personas; -- un jurado de 5 personas es inconstitucional.

Quizás esta línea ofrezca todavía más claramente hasta qué punto este tipo de fuentes normativas se ha introducido en el Derecho Norteamericano y hasta qué -- punto la justicia constitucional reside en la formula-- ción de "subnormas" alejadas del texto, porque si bien Roe se basaba en la cláusula de due process, cláusula "permite" legislar, en cierto modo, abiertamente (al -- menos así lo ha entendido el T.S.), Ballew interpreta-- ba la enmienda número 6, enmienda que es bien precisa.

Williams v. Florida (1.854) y Ballew v. Georgia -- (1.855) son en realidad un continuum.

En el primero de ellos el T.S. admitió la consti-- tucionalidad de una ley estatal que establecía jurados de 6 personas. Aquí fue donde el T.S. realmente "per-- dió los estribos" de la interpretación constitucional. Lo que se planteaba directamente es si la enmienda nú-- mero 6 requiere un jurado de 12 personas o no. El núme-- ro 12 obedece puramente a razones históricas: desde -- "algún momento en el siglo XIV, el tamaño del jurado -- en common law se fijó generalmente en 12, cifra que pa-- rece obedecer a un accidente histórico, no relacionado

con los grandes motivos que concurrieron primordialmente al establecimiento de la institución. La cuestión -- reside exactamente en si ese accidente histórico ha sido codificado inmutablemente en nuestra Constitución -- (1.856)". Con otras palabras, la cuestión es la de cuáles son las "fuentes normativas" a utilizar en la interpretación del término jurado de la enmienda número 6.

Resultaba obvio que había que trazar la línea. Todas las fuentes eran útiles. En primer lugar, estaba -- el argumento gramatical: jurado implica dos o más, los Estados son libres para determinarlo. En segundo lugar, estaba el argumento de la voluntad del constituyente -- que parece bastante concluyente pese a la construcción de J. White (1.857). En tercer lugar, estaba el common law como regla constitucionalizable (1.858) o, como incluso, la historia o la "mística-religión (1.859)" del número (1.860). También estaba incluso el precedente -- ya que el T.S. había dicho en 1930 (1.861) que "no hay duda alguna ... de que el jurado debe consistir de 12 miembros, ni más ni menos", aunque, naturalmente, puede considerarse un obiter dictum (1.862).

Ninguna de estas fuentes fue la elegida, simplemente se operó con un criterio delegatorio: son el -- Congreso o los Estados los que tienen que determinar -- el número.

Sin embargo, el T.S. se reservó, en una nota a -- pie de página (1.863), la definitiva resolución de -- cuál sería el número mínimo, aunque 6 miembros, desde luego, resultaba constitucional. La motivación que a -- primera vista resalta es una puramente negativa: anti-petrificación y anti-formalismo, aunque ya se apuntaba hacia dos criterios de carácter funcional: el número --

que promueva auténticamente de liberación en grupo y -
que posibilite la representación de la comunidad; mino-
rías sobre todo (1.864).

Fue en el caso siguiente, ocho años después, don-
de el T.S., interpretando Williams directamente como -
desechando el criterio histórico frente al funcional,
delimitó ese número mínimo en una de las decisiones --
que harán época.

Ninguno de los jueces emitió voto particular pero
sí hubo numerosos votos concurrentes. Dejando aparte -
uno de ellos (1.865) que "concurrió" en no condenar al
procesado pero por motivos sustantivos (1.866) y otros
dos, que no explicaron las razones de por qué aceptaban
realmente el resultado (1.867), la sentencia contiene
dos opiniones contrarias no en cuanto al resultado, si
no en cuanto a la metodología constitucional seguida -
para delimitar el número de jurados que se considera -
constitucional.

Por un lado, J. Blackmun, en un voto al que se --
unió J. Stevens, intentó basar la decisión en estudios
socio-psicológicos.

Con base en dichos estudios, motivados precisamen-
te por la anterior decisión (1.868), J. Blackmun los -
interpretó en el sentido de que levantaban "dudas im-
portantes acerca de la sabiduría y constitucionalidad
de jurados de menos de 6 miembros".

Los factores que hacían que jurados numerosos fue-
ran "mejor" que los pequeños eran la capacidad de sa--
car a relucir datos memorísticos, ya que los jurados -
no pueden tomar nota; la facilidad para evitar prejui-
cios; el riesgo matemático de condenar a personas ino-

centes, que es mayor en los jurados reducidos; la posibilidad de que incluyeran más de una persona con un punto de vista "no ordinario", con lo cual la posibilidad de que salieran a relucir y se sostuvieran ese punto de vista se multiplicaba todavía mucho más; la mayor oportunidad de representación de minorías ... etc. Naturalmente, los citados estudios, algunos de los cuales fueron introducidos por el propio T.S. (1.869), lo que plantea serios problemas procesales, no demuestran que la diferencia entre 6 y 5 sea tan fundamental, sino quizás precisamente que jurados extensos son mejores que jurados reducidos. Por otra parte, ninguno de ellos tenía como objeto la diferenciación entre 5 o 6, sino la diferenciación entre 6 y 12 (1.870).

Frente a esta postura, el otro voto concurrente - (1.871), expresamente indicaba que "tenía reserva acerca de la oportunidad -así como la necesidad- del excesivo fundamento numerológico derivado de los estudios estadísticos, sobre todo cuando ni la metodología empleada para esos estudios, ni su validez, habían sido objeto del mecanismo de prueba normal de un sistema procesal contradictorio".

Es decir, planteaban a la vez la duda de la validez de la metodología sustantiva (proceso de interpretación constitucional; validez de la fuente empleada) y de la metodología procesal.

Sólo dos miembros del T.S., por tanto, han aceptado abiertamente a las ciencias naturales-sociales como fuentes plenamente válidas de normas subsidiarias.

Naturalmente, queda el tema de que los votos concurrentes no ofrecieron otra alternativa más que la pura necesidad de trazar la línea en algún punto.

No se trata más que de recurrir a la empirical jurisprudence para resolver el realmente difícil problema de la delimitación de la materia constitucional utilizando líneas arbitrarias (1.872).

B:5.- La respuesta doctrinal frente a la empirical jurisprudence.

El progresivo aumento del recurso a esta fuente normativa ha preocupado por distintos motivos a gran parte de la doctrina y al estamento judicial norteamericano.

Sin embargo, el nivel de análisis es totalmente distinto, si se tiene en cuenta el uso que de las ciencias sociales se hace y qué tipo de función cumple en el proceso interpretativo.

También varía el tipo de crítica según se parta de una posición apriorística de admisión o rechazo de este tipo de fuentes.

(a).- La preocupación procedimental.

Si se parte de una posición generalizada de admisión del uso de las ciencias empíricas, la gran preocupación viene a ser la de la conjunción de la incorporación de estos datos con los esquemas procesales ya que el sistema norteamericano se basa en la constitucionalización operada del "adversary system".

El uso que de las ciencias empíricas ha hecho el T.S. ha sido ampliamente criticado, por encima de todo, por lo inadecuado de la institución para obtener este tipo de datos (1.873). El proceso ante el T.S., aunque sea un proceso tremendamente abierto desde el punto de

los litigantes (1.874) y aunque haya modificado la estructura tradicional de los métodos de investigación - de los hechos (1.875), sigue siendo una materia "privada" si se compara con el funcionamiento de otras tribunales constitucionales, aunque no, desde luego, si se compara con el funcionamiento actual del Tribunal Constitucional español, todavía carente realmente de práctica (1.876).

Sin embargo, este inconveniente resulta inevitable aunque un mayor cuidado en el T.S. en la clarificación de los llamados "hechos constitucionales" se hace indispensable (1.877).

Pero lo que en realidad más preocupa es "si el T. S. debiera considerar si principios procedimentales -- elementales requieren que las partes tengan oportunidad, antes de la decisión, de examinar los datos científicos acerca de esos 'hechos' (1.878)". Como pusieron de relieve Barron y Miller, el tema no es simplemente "procedimentalista", sino que afecta a la validez sustantiva de los datos empíricos usados en la decisión. Dado que J. Blackmun, tanto en Roe como en Ballew, por ejemplo, introdujo el "elemento científico" con posterioridad a la vista oral, asumiendo, por así decirlo, la norma iura novit curia en este tipo de fuentes también, nadie "y sobre todo las partes" pudo criticar la validez externa e interna (1.879) de los estudios que iban a fundamentar la decisión (1.880). - Ya desde un principio uno de los mejores artículos que comentaron la famosa nota 11 de Brown I (1.881), el -- del profesor Cahn (1.882), indiscutible defensor de la justicia de la decisión, tuvo simplemente que admitir que los estudios citados en la nota 11 no soportaban -- las conclusiones que la sentencia les atribuía. Ello -- le llevó a la conclusión de que los jueces deberían poner en práctica "vigilancia, examen crítico e investi-

gación seria" del material que utilizaban (1.883).

Hoy en día, la tendencia es la acentuada por Davis, Barron y Miller: no sólo el juez debe investigar lo más objetivamente posible, sino que principios elementales de justicia procesal requieren la intervención de las partes.

Incluso miembros del propio T.S. lo reconocieron - abiertamente en Ballew (1.884). La opinión de J. Powell dice expresamente: "Todavía más, ni la validez, ni la metodología empleada en los estudios ha sido objeto de los mecanismos de prueba tradicional sometién^{do}se al interrogatorio de las partes", lo que le suponía "muy serias dudas" acerca de la metodología constitucional empleada.

N^o siquiera la testificación directa del "experto" por sí misma puede sobrepasar esta dificultad, sin necesidad de que se clarifique antes el especial papel que juega en el proceso el "experto llamado por las partes (1.885)".

(b).- La preocupación sustantiva.

Sin embargo, desde el punto de vista de la interpretación constitucional, es el recurso a esta fuente, por sí mismo, lo que preocupa.

Si la gran aprobación en Norteamérica viene de toda la escuela de filosofía del Derecho agrupada entorno a la llamada policy-oriented jurisprudence (1.886), la inmensa mayoría de los juristas siguen un poco perplejos ante este fenómeno.

No hay duda de que la admisión de su uso cuando se trata realmente de "hechos constitucionales" ha ganado

una aceptación abierta. El problema se plantea cuando los "hechos" pasan a ser "derecho".

Quizás haya sido Dworkin el jurista que con más -- precisión ha expresado el conflicto. Dworkin distingue entre dos tipos de juicios: (a) causales, que son "los que afirman que existe una conexión causal entre dos fenómenos sociales independientes y especificables (1.887)" y (b) interpretativos, que son "los que, al menos en la superficie, no afirman una relación causa- efecto entre dos fenómenos independientes y especificables, sino que, simplemente, coloca un fenómeno dentro de una categoría particular de fenómenos especificando su sentido dentro del grupo social en el que ocurre (1.888)". Se tratan, éstos últimos, de juicios de correlación de factores (1.889).

Aplicando estas categorías a Brown I (1.890) el razonamiento vendría algo a ser algo así como: "no necesitamos evidencia que demuestre que la segregación es un insulto para los negros -lo sabemos (1.891)".

Los juicios interpretativos son especiales porque "necesitan ser formulados en el vocabulario crítico de la comunidad (1.892)"; son más duraderos, no dependiendo de la variabilidad de los descubrimientos de las ciencias sociales "porque se basan en convenciones sociales, es decir, en entendimientos comunes que se refuerzan unos a otros y que no cambian con el cambio en el comportamiento individual reflejado en las estadísticas (1.893)"; y, lo más importante, "no son ajenos al juez: no le implican en una tecnología que desconoce (1.894)".

Naturalmente, la contestación de los defensores del uso indiscriminado de estas fuentes se basa en los pilares también elementales: (A) El uso sólo ayuda a ra

cionalizar el proceso de decisión; sería el "mal uso", la "exclusividad del uso", el utilizar las ciencias em píricas como único dato, lo que hay que criticar; (B) Esa racionalización es especialmente importante cuando mediante las ciencias empíricas sustituimos conocimien tos de hechos basados en la pura intuición, lo que el T.S. quiere expresar cuando afirma que "desde el ori-- gen de la civilización, legisladores y jueces han ac-- tuado sobre la base de asunciones de hechos no compro-- bables (1.895)".

Esas "asunciones de hechos" son necesarias para -- legislar o enjuiciar. Y esas "asunciones de hechos" -- son el campo que los defensores del uso de las cien-- cias empíricas reclaman. El "insulto" no es una asun-- ción de hecho, es un concepto. La "desigualdad" o --- "igualdad" si son asunciones de hechos.

Quizás ha sido Rosen quien mejor ha expuesto la - disyuntiva que los principios interpretativos plantean a los tribunales y los límites de las aportaciones de la ciencia. Cuando existe un problema realmente impor-- tante, es dudoso que la evidencia de las ciencias so-- ciales pueda aportar algo concluyente. Es prácticamen-- te seguro que habrá más constataciones negativas que - positivas, es decir, lo único que se demostrará es que dos variables no están relacionadas como se creía, pe-- ro no que una variable sea determinante. Ello deja al tribunal donde estaba antes de empezar el proceso y, - sin embargo, tiene que decidir, no puede esperar ---- (1.896)". Para los defensores del "recto uso, pero uso, de las ciencias empíricas, el conocer la variable nega-- tiva puede ser importantísimo porque destruye el mito en el que se basaba anteriormente la decisión, la pura intuición o el juicio que sólo se fundamenta en la "no-- toriedad", dando lugar a la juridificación y petrifica-- ción en la vida social de prejuicios basados en el mal

llamado sentido común. Ahora el juez es más consciente, evidentemente, de su elección.

Finalmente, hay algunas posturas que defienden el uso abierto de las ciencias empíricas en la elaboración del remedy, pero no en la elaboración de la norma sustantiva (1.897). En realidad quizás no es más que una forma de escapar a la auténtica pregunta que deberían formularse: ¿hasta qué punto son éstos, remedies y normas sustantivas, diferentes?.

B:6.- Pequeña nota acerca de la doctrina de las "irrebuttable presumptions"

El ataque del T.S. a las presunciones de hecho -- sin fundamento del legislador ha tenido una reciente manifestación, nacida --y muerta-- en la década de los 70, en la llamada doctrina de las irrebuttable presumptions (1.898).

La aplicación de la doctrina, que es un extraño híbrido de procedural due process y aplicación de la cláusula de igualdad (1.899), obedece quizás a la necesidad de sustituir por algo una cláusula cuya aplicación estaba "exacerbando" el método de interpretación constitucional (1.900).

Su construcción, criticada por la práctica totalidad de la doctrina norteamericana (1.901), se fundamentaba en el entendimiento de que las leyes que discriminaban a alguna persona, basadas en "hechos no necesariamente o universalmente ciertos", son inconstitucionales (1.902).

Aplicada en varios casos desde 1973, entendiendo inconstitucionales algunas discriminaciones (1.903), -

"el golpe de muerte (1.904)"le vino en Weinberger v. - Salfi (1.905), donde se dijo que sólo podía utilizarse para proteger intereses "con rango sustantivo constitucional". No cualquier privación basada en hechos no necesariamente ciertos motiva ya, por tanto, la nulidad de la ley, sino sólo la privación de un interés fundamental (léase constitucional) motivada por la asunción de hechos como reales e universales por el legislativo cuando pueden no serlo (1.906).

La presunción era, por tanto, no un mecanismo procesal, sino un juicio sobre cómo el legislativo hacía indemostrables hechos en los que basar una discriminación, hechos que nunca podían contestarse en juicio.

No se escandalice el lector español de esta tesis ante tan "iconoclasta" doctrina. Baste para lo contrario la cita de la STC de 2 de Julio de 1981, cuestión de inconstitucionalidad número 223/1980, en la página 4 del Boletín Oficial del Estado: "En cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud 'iuris et de iure' carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de - trabajar, anulando de hecho su contenido esencial".

NOTAS AL CAPITULO IV

- (1) 1 Cranch 137 (1803).
- (2) Con tanta prisa se hicieron los nombramientos que se olvidaron en un cajón la credencial como juez de Marbury. Naturalmente Madison, nuevo Secretario de Estado, mantenía el cajón bien cerrado. Marbury pretendía en el caso precisamente que el TS obligara a Madison, mediante un writ of mandamus, a otorgarle la credencial que firmara al anterior Secretario de Estado (el propio C.J. Marshall). Sobre las circunstancias políticas del caso véase DUCAT, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (West Pub. Co., 1978), pgs. 6 y ss..
- (3) Dred Scott v. Sanford, 19 Haw 393 (1857).
- (4) Lochner v. New York, 198 US 45 (1905).
- (5) Véase supra pg. 2.
- (6) La primera se ocupaba de tratar de demostrar que la letra de la Constitución establecía el judicial review (en concreto el art. VI), demostración nada convincente como pusiera de relieve BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs-Merrill ed. 1962), pgs. 8 y ss., y de la doctrina de las cuestiones políticas (véase supra pgs. 99-100).
- (7) Como es sabido Brown I, 347 US 483 (1954), se fundamentaba en que la segregación en la educación producía desigualdad. Después de Brown I el TS procedió a extender la inconstitucionalidad de la segregación en otros campos

que nada tenían que ver con la educación todo ello en sentencias per curiam sin motivar. Véanse en Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv L Rev 1, 22 (1959), donde los recoge en la nota 72.

- (8) Joseph Burstyn Inc. v. Wilson, 343 US 495 (1952), donde el TS extendió la libertad de expresión al cine, pero sin señalar en absoluto qué límites podrían seguir siendo constitucionales y amprándose en el que la penalización de películas sacrílegas era demasiado vaga. En cinco casos subsiguientes, todos per curiam y sin motivación el TS vino a declarar inconstitucional la censura previa. Véase Wechsler, Op. cit. supra nota anterior pg. 21.
- (9) Id., pg. 20.
- (10) Id., pg. 21.
- (11) Id., pg. 19.
- (12) Id..
- (13) Greenawalt, The Enduring Significance of Neutral Principles, 78 Col L Rev 982, 989 (1978).
- (14) En la terminología norteamericana se entiende por jurisprudencia ad hoc aquella que es aplicable exclusivamente al caso concreto porque la doctrina que fija no sirve para otros casos. Por result-oriented jurisprudence se entiende en general aquella que se despreocupa totalmente de buscar una justificación (interpretativa de la Constitución en lo que a nosotros nos atañe) metodológica seria al fallo intentando pura y simplemente querer alcanzar determinado resultado. De todas formas las posibles variantes que puede adoptar hacen del término algo muy

difuso. Sobre los distintos significados en concreto véase DUCAT, Op. cit. supra nota 2, pg. 127.

- (15) Wechsler, Op. cit. supra nota 7, pg. 11.
- (16) Id., pg. 19.
- (17) Id., pg. 14.
- (18) Id., pgs. 15 y 19.
- (19) Id., pg. 16.
- (20) Id..
- (21) Id., pg. 17.
- (22) Id..
- (23) Id..
- (24) Id., pgs. 17-18.
- (25) 65 Col L Rev 1001 (1965).
- (26) 334 US 1 (1948). El caso fue el que abrió brecha en la teoría de la state action, es decir en la delimitación de cuando existe acción pública para que se pueda aplicar la cláusula de igualdad y otras. El fundamento de Shelley, que declaró inconstitucionales convenios privados de compraventa de inmuebles en los que el contrato se sujetaba a la condición resolutoria de que no se pudiesen enajenar a negros (configurando así áreas residenciales segregadas), consistió en apreciar suficiente acción pública en la actuación de los tribunales al prestar la fuerza coactiva del proceso civil para que la parte pudiera hacer efectiva la resolución del contrato.

- (27) Wechsler, Op. cit. supra nota 7, pg. 29.
- (28) Wechsler, Op. cit. supra nota 25, pg. 1010.
- (29) Id., pg. 1014.
- (30) Id., pg. 1012.
- (31) Id., pg. 1014.
- (32) Respondía a las críticas de McDougal, Rostow, Clark, Miller & Howell y Wright.
- (33) En la conferencia que normalmente se celebra una vez a la semana se discuten y deciden los casos. Nadie puede asistir a ella salvo los propios magistrados del TS. De todas formas el proceso de decisión es infinitamente más complejo y rebasa a la conferencia. Sobre la mecánica de decisión en el TS véase ~~el~~ heterodoxo best-seller THE BRETHREN. INSIDE THE SUPREME COURT (Simon & Schuster ed. 1979) de WOODWARD y ARMSTRONG.
- (34) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13, pgs. 1001-1013. Estas políticas judiciales consisten en la búsqueda de la unanimidad a toda ultranza para conseguir una mayor aceptación social de la sentencia y la necesidad de que casos de injusticias de hecho se decidan a veces por equidad haciendo del caso uno único que no fije principios.
- (35) Va después de la nota 36.
- (36) Véase por ejemplo la confesión de J. Douglas en DOUGLAS, THE COURT YEARS, 1939-1975. THE AUTOBIOGRAPHY OF WILLIAM O. DOUGLAS (Random House ed. 1980), pg. 34: "Las discusiones en la conferencia no hacen cambiar casi nunca los puntos de vista acerca de un caso, aunque esto pueda ocurrir excepcionalmente."

- (35) Véase la obra citada en la nota 36 (transcrita por error antes de ésta), pg. 40.
- (36) Está en la página anterior.
- (37) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13, pg. 991.
- (38) El término hunch (corazonada) se popularizó por la obra de Hutcheson, The Judgement-Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision, 14 Cornell L Q 274 (1929). El intuicionismo fue un movimiento bastante extendido en el mundo jurídico ~~norteamericano~~. Véase infra *pgs. 354 y ss.*
- (39) Véanse las citas de textos de J.J. Frankfurter y Jackson por Wechsler en el texto que acompaña a las notas 19 y 20.
- (40) LEVY, THE SUPREME COURT UNDER EARL WARREN (1972), pg. 186.
- (41) Blasi, Creativity and Legitimacy in Constitutional Law, 80 Yale L J 176, 185 (1970).
- (42) Véase infra *pgs. 354 y ss.*
- (43) Por ejemplo Clark o Wright.
- (44) Véase, por ejemplo, la afirmación de J. Douglas en Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co., 320 US 591, 602 (1944): "Lo importante es el resultado alcanzado y no el método empleado". De todas maneras, J. Douglas, el juez que más tiempo ha estado en el TS, se ha caracterizado siempre por ser un caso anómalo en la tradición judicial norteamericana, consistiendo precisamente su "anomalía" en la búsqueda a ultranza de todos aquellos resultados que le parecían justos.

- (45) Véase el comentario que le dedica a la teoría de los principios neutrales en su autobiografía, Op. cit. supra nota 36, pg. 137.
- (46) El término "jurisprudencia mecánica" fue introducido por los predecesores del realismo para explicar con ello el método de enjuiciamiento consistente en aplicar categorías conceptuales axiomáticas. Véase supra pgs. 354 y ss.
- (47) Clark, A Plea for the Unprincipled Decision, 49 Va L Rev 660 (1963).
- (48) Id., pg. 664.
- (49) Id., pg. 665.
- (50) Wechsler, Op. cit. supra nota 7, pgs. 17-18.
- (51) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13, pg. 994.
- (52) Wechsler, Op. cit. supra nota 7, pg. 17. Las citas están en el texto que acompaña a las notas 22 y 23.
- (53) Miller & Schefflin, The Power of the Supreme Court in the Age of the Positive State: A Preliminary Excursus. Part One: On Candor and the Court, or, Why Bamboozle the Natives?, 1967 Duke L J 273, 281 n. 27.
- (54) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13, pg. 991.
- (55) Id., pg. 1001.
- (56) ROSTOW, THE SOVEREIGN PREROGATIVE - THE SUPREME COURT AND THE QUEST FOR LAW (1962), pg. 33.

- (57) HOLMES, THE COMMON LAW (1881), pg. 36.
- (58) Rostow, American Legal Realism and the Sense of a Profession, 34 Rocky Mt L Rev 123, 142 (1962).
- (59) Wright, Professor Bickel, the Scholarly Tradition, and the Supreme Court, 84 Harv L Rev 769, 778-79 (1971).
- (60) J. Holmes afirmó que "el mérito del common law reside en que el caso se decide primero y el principio se determina después. Examinando las formas de la lógica puede inferirse que cuando se tiene una premisa menor y la conclusión debe haber una premisa mayor dispuesta a ser defendida. Pero de hecho los juristas, como otros hombres, muchas veces ven perfectamente lo que tienen que decidir dada una serie de hechos sin tener claro en absoluto la ratio decidendi". Holmes, Codes and Arrangements of the Law, 5 Am L Rev 1 (1870), citado en Freund, Rationality in Judicial Decisions, en NOMOS VII, RATIONAL DECISION (Friedrich ed., 1964), pg. 120.
- (61) Véase infra pgs. 354 y ss.
- (62) Rostow, Op. cit. supra nota 56, pg. 28, citado por el propio Wechsler en The Courts and the Constitution, 65 Col L Rev 1001, 1014 (1965).
- (63) Freund, Op. cit. supra nota 60.
- (64) LEVI, THE NATURE OF LEGAL REASONING (Univ. of Chi., 1948).
- (65) Wechsler, The Courts..., pg. 1014.
- (66) Véase nota 27.

- (67) 404 US 71 (1971).
- (68) 369 US 186 (1962).
- (69) 377 US 533 (1964). Baker sólo estableció la posibilidad de judicializar la distribución de distritos electorales. Reynolds fijó los criterios sustantivos por los que la judicialización debía llevarse a cabo: "un hombre, un voto", no admitiendo otro tipo de representación ni desviaciones del principio por el principio territorial, ni siquiera para las cámaras altas de los Estados bicamerales. Sólo el Senado Federal se salvaba.
- (70) Leedes, Supreme Court Mess, 57 Tex L Rev 1361, 1406 (1979).
- (71) Véase infra pgs. 299 y ss.
- (72) Miller & Howell, The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication, 27 U Chi L Rev 661-695 (1960), también publicado en LEVY, JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT (Selected Essays, ed. Levy, 1967), pgs. 200-241 (las citas a partir de ahora se refieren a esta edición).
- (73) White, The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change, 59 Va L Rev 279, 288 n. 39 (1973).
- (74) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13, pg. 991 n. 37.
- (75) Levy, en el prólogo a la obra de Miller & Howell publicada en LEVY, Op. cit. supra nota 72, pg. 200.
- (76) Miller & Howell, Op. cit. supra nota 72, pg. 204.
- (77) Id., pg. 213.

- (78) Id..
- (79) Id., pg. 219.
- (80) Id., pg. 220.
- (81) Id..
- (82) Id., pg. 223.
- (83) Id., pgs. 223 -24.
- (84) Id., pg. 223.
- (85) Id., pg. 224.
- (86) Sobre Miller, al que dedicamos un pequeño apartado de esta tesis por la aceptación y divulgación que su posición iconoclasta ha tenido entre la doctrina, véase infra pgs 663 y ss.
- (87) Véase nota 17.
- (88) Miller & Schefflin, Op. cit. supra nota 53, pg. 282.
- (89) Véase Op. cit. supra nota 72.
- (90) Miller & Schefflin, Op. cit. supra nota 53, pgs. 282-83.
- (91) Rostow, Op. cit. supra nota 58, pg. 141.
- (92) Se trata de una escuela jurídica que utilizó como vehículo de expresión principalmente la publicación de los célebres prólogos a los comentarios del curso anterior del TS de los números de noviembre de la Harvard Law Review, mo-

vimiento que culminó precisamente con las pretensiones metodológicas de Bickel y Wechsler. La terminología de "escuela" la he tomado de White, Op. cit. supra nota 73. El mismo White ha rechazado sin embargo posteriormente que realmente pueda denominarse "escuela" al movimiento. Véase WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (1978), pg. 230 n. 2.. La expresión de todas formas no procedía de White sino the HART & SACKS, THE LEGAL PROCESS (10th ed., 1958). Estos célebres apuntes (no llegaron a publicarse como libro) de Hart & Sacks fueron durante años el libro de texto básico donde todo iuspublicista norteamericano, o más bien los que pretendían llegar a serlo, se "imbuían" de los principios del derecho público norteamericano.

- (93) Wright, Professor Bickel, The Scholarly Tradition, and the Supreme Court, 84 Harv L Rev 769, 777 (1971).
- (94) Id..
- (95) Id., pg. 776.
- (96) Id., pgs. 777 y ss..
- (97) Véase infra *pgs. 652 y ss*
- (98) Véase el espléndido trabajo de Shapiro, The Supreme Court and Constitutional Adjudication of Politics and Neutral Principles, 31 Geo Wash L Rev 587 (1963).
- (99) Véase infra *pgs 649 y ss.*
- (100) Golding, Principled Decision Making and the Supreme Court, 63 Col L Rev 35 (1963).
- (101) Id., pg. 41.

- (102) Golding, Op. cit. supra nota 100, pg. 41.
- (103) Id., pg. 49. Véase en el mismo sentido la opinión de Deutsch que acompaña a la nota 138.
- (104) Id., pg. 41.
- (105) Wechsler, The Courts..., pg. 1013, comentando Shelley v. Kraemer, 334 US 1 (1948). Pero Wechsler no había usado antes, en su primer artículo, el argumento de la reducción al absurdo ni siquiera al comentar ese caso. Véase Wechsler, Op. cit. supra nota 7, pgs. 29-31. Sobre Shelley véase supra nota 26 e infra pgs. 308 y ss..
- (106) Golding. Op. cit. supra nota 100, pg. 49.
- (107) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13.
- (108) Id., pgs. 1007-08.
- (109) Véase como ejemplo de la búsqueda desesperada de la unanimidad por C.J. Warren en Brown I, 347 US 483 (1954), el magnífico libro de KLUGER, SIMPLE JUSTICE: THE HISTORY OF BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND BLACK'S AMERICA'S STRUGGLE FOR EQUALITY (1976). Otro curioso ejemplo, aunque la iniciativa no partiera inicialmente de C.J. Burger, es el de la construcción de la unanimidad en United States v. Nixon, 418 US 683 (1974), el caso de las cintas de Watergate. Puede verse en WOODWARD & ARMSTRONG, THE BROTHERS (1979), pgs. 286 y ss.. Sobre las posibilidades de liderazgo por el Chief Justice sobre el TS, véase Danelski, The Influence of the Chief Justice in the Decisional Process of the Supreme Court, en COURTS, JUDGES, AND POLITICS (Random House ed., 1974), pgs. 525 y ss..

- (110) Bickel & Wellington, Legislative Purpose and the Judicial Process: The Lincoln Mills Case, 71 Harv L Rev 1, 3 (1957).
- (111) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13, pgs. 1007-08.
- (112) Id., pg. 1013.
- (113) Id., pg. 989.
- (114) Wechsler, Op. cit. supra nota 7, pg. 16.
- (115) Pollak, Racial Segregation and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler, 108 U Pa L Rev 1 (1959); Henkin, Shelley v. Kraemer: Note for a Revised Opinion, 110 U Pa L Rev 473 (1972).
- (116) 334 US 1 (1948).
- (117) Greenawalt, Op. cit. supra nota 13, pg. 987.
- (118) Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 Ind L J 1, 8 (1971).
- (119) Id., pgs. 10-11.
- (120) Id., pgs. 9-10.
- (121) Perry, Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process, 23 U C L A L Rev 689, 711 n. 108 (1976).
- (122) Bork, Op. cit. supra nota 118, pg. 10.
- (123) Wechsler, Op. cit. supra nota 7, pgs. 17-19.

- (124) Véase si tratamiento de las cuestiones políticas en supra pg. 105. Véase igualmente THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs-Merrill ed., 1962), pgs. 23 y ss..
- (125) Véase supra pg. 105.
- (126) BICKEL, Op. cit. supra nota 124, pg. 55.
- (127) 347 US 483 (1954).
- (128) BICKEL, Op. cit., supra nota 124, pg. 58.
- (129) Véase supra pg. 100.
- (130) Id..
- (131) BICKEL, Op. cit. supra nota 124, pgs. 29-35.
- (132) J. Frankfurter fue el gran teórico en el TS del self-restraint judicial (autocontrol). Para una explicación realmente divertida (y freudiana) de las circunstancias de la vida personal de este magistrado que le llevaron a esposar el self-restraint, véase HIRSCH, THE ENIGMA OF FELIX FRANKFURTER (Basic Books ed., 1981). No son menos "sabrosos" los comentarios que a lo largo de su autobiografía le dedica J. Douglas, Op. cit. supra nota 36.
- (132bis) Deutsch, Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science, 20 Stan L Rev 169 (1968).
- (133) Véase supra nota 92.
- (134) Véase infra pgs 649 y ss.

(135) Id..

(136) Deutsch, Op, cit. supra nota 132 bis, pg. 184.

(137) Id., pgs. 185-87.

(138) Es decir, Deutsch sigue la explicación de Golding, véase supra texto que acompaña a la nota 104. En el mismo sentido véase Brown, Book Review, 62 Col L Rev 386, 387 (1962).

(139) Deutsch, Op. cit. supra nota 132 bis, pgs. 188-89.

(140) Id., pg. 190.

(141) Id., pg. 195.

(142) Véase supra pg. 290.

(143) Deutsch, Op. cit. supra nota 132 bis, pg. 242.

(144) Id., pgs. 242-43.

(145) Véase infra pgs. 656 y ss.

(146) Mueller & Schwartz, The Principle of Neutral Principles, 7 UCLA L Rev 571 (1960).

(147) Id., pg. 578.

(148) Id., pg. 587.

(149) 1 Cranch 137 (1803).

- (150) Ely, Foreword: On Discovering Fundamental Values, 92 Harv L Rev 5, 32-33 (1978).
- (151) Richards, Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication, 11 Ga L Rev 1069, 1103 (1977).
- (152) La cita del Profesor Moore se hace obligada pues sus comentarios a mi ponencia en su seminario de la Universidad de Virginia acerca del Pensamiento Jurídico Norteamericano Contemporáneo me fueron de gran utilidad.
- (153) RABELAIS, GARGANTUA Y PANTAGRUEL Y OTROS ESCRITOS (Ed. Aguilar, 1967), pgs. 442 y ss..
- (154) MYRDAL, VALUE IN SOCIAL THEORY (Streeten ed., 1958), pg. 54, citado en Miller & Howell, Op. cit. supra nota 72, pg. 669.
- (155) Véase Moore, Prologomena to the Jurisprudence of Myres Mc Dougal and Harold Laswell, 54 Va L Rev 662, 677 (1968).
- (156) 347 US 483 (1954).
- (157) 334 US 1 (1948).
- (158) El propio TS ha reinterpretado así Shelley en sentencia de J. Douglas en Reitman v. Mulkey, 387 US 369 (1967). Véase en el mismo sentido GUNTHER, pg. 1003.
- (159) Véase por ejemplo mi comentario a la STC de 31 de marzo de 1981 en ¿Es la Constitución Retroactiva? de próxima publicación en la Revista de Derecho Político.
- (160) Véase supra el texto que acompaña a la nota 150.
- (161) Véase supra el texto que acompaña a la nota 30.

- (162) 297 US 1 (1936). Véase, en el mismo sentido, la opinión de J. Swayne en United States v. Hartwell, 6 Wall 385, 396 (1868).
- (163) 1 Cranch 137 (1803).
- (164) 4 Wheat 316 (1819).
- (165) Frankfurter, John Marshall and the Judicial Function, 69 Harv L Rev 217, 218 (1955).
- (166) BREST, pg. 117.
- (167) Corwin, Judicial Review in Action, 74 U Pa L Rev 639, 659-60 (1926).
- (168) 328 US 303, 318 (1946).
- (169) Véase, por ejemplo, la opinión de J. Harlan en Williams v. Florida, 399 US 78 (1970).
- (170) Véase, por ejemplo, Hurst, The Role of History, en The Process of Constitutional Construction, en SUPREME COURT AND SUPREME LAW (Cahn ed., 1954), pgs. 57 y 59.
- (171) Véase por ejemplo los cambios en la jurisprudencia interpretativa del concepto de jurado en infra pgs. 726 y ss.
- (172) Véase, por ejemplo, con la establishment clause (aconfesionalidad del Estado) de la primera enmienda, Everson v. Board of Education, 330 US 1 (1947).
- (173) Boston Sand & Gravel Co. v. United States, 278 US 41, 48 (1928).
- (174) Véanse infra pgs. 322 y ss..

- (175) Véase, en el mismo sentido, Ely, Flag Desecration: A Case Study in The Role of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis, 88 Harv L Rev 1482, 1500 n. 74 (1975), donde describe las distintas acepciones de "absolutismo".
- (176) Black, The Bill of Rights, 35 N Y U L Rev 865, 866 (1960).
- (177) En este sentido, contraponiéndolo sólo a la teoría de las preferred freedoms y al balancing, lo utiliza, por ejemplo DUCAT, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (West Pub. Co., 1978), pgs. 42-115.
- (178) SCHWARTZ, LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA (Ed. Civitas, 1981), pg. 72.
- (179) 370 US 421 (1962).
- (180) 374 US 203 (1963).
- (181) Se trataba de una oración neutral en el sentido de que veneraba a Dios en abstracto con independencia de las diversas religiones.
- (182) Véase el poco "impacto" de estas decisiones en WASBY, THE IMPACT OF THE UNITED STATES SUPREME COURT: SOME PERSPECTIVES (1970), pgs. 129-35.
- (183) He preferido el término usado por Ely al de "literalismo", utilizado por otros como Grey, aunque prácticamente coinciden. Véase Grey, Do We Have an Unwritten Constitution?, 27 Stan L Rev 703 (1975). De todas formas la terminología no es pacífica. Brest, por ejemplo, habla de "auténticos literalistas" (thorough-going literalists) como aquellos intérpretes "que entienden que el texto cubre sólo

y exclusivamente los presupuestos de hecho que caen bajo sus palabras, sin que deban tenerse en cuenta el contexto social ni incluso, quizás, el contexto lingüístico", Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 B U L Rev 204, 222 (1980), o de "textualistas moderados", com aquellos intérpretes "que toman en cuenta la cualidad abierta del lenguaje de los preceptos en relación con el contexto lingüístico o social". Brest, Op. cit., pg. 223.

(184) Black, Op. cit. supra nota 176, pg. 867.

(185) Id..

(186) Id., pg. 879.

(187) Véase Ely, Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility, 53 Ind L J 399 (1978).

(188) Véase el acento de J. Black en la "objetividad" en Braden, The Search for Objectivity in Constitutional Law, en JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT (Levy ed., 1967), pgs. 192-96.

(189) Véase, por ejemplo, Rochin v. California, 342 US 165 (1952).

(190) De ahí su oposición abierta al substantive due process sea en su vertiente económica, véase Ferguson v. Skrupa, 372 US 26 (1963), sea en su vertiente de derechos de la personalidad, véase Griswold v. Connecticut, 381 US 479, 507 (1965) (voto particular).

(191) Véase Braden, Op. cit. supra nota 188.

(192) Véase Ely, Op. cit. supra nota 187.

- (193) WHITE, THE AMERICAM JUDICIAL TRADITION (Oxford Univ. Press, 1976), pg. 334, citando Connecticut General Life Insurance Co. v. Johnson, 303 US 77, 83 (1938), voto particular de J. Black.
- (194) Black, Op. cit. supra nota 176, pg. 867.
- (195) Véase el caso citado en la nota 193.
- (196) Hoydt v. Florida, 368 US 57 (1961), rechazando la inconstitucionalidad de la exclusión de las mujeres en la composición de los jurados.
- (197) Black, Op. cit. supra nota 176, pgs. 872 y 873.
- (198) Véase el caso citado en la nota 193.
- (199) Véase el caso citado en la nota 196.
- (200) J. Black fue el autor del voto mayoritario en Baker v. Carr, 369 US 186 (1962).
- (201) Véase su opinión en Gideon v. Wainwright, 372 US 335 (1963).
- (202) Véase su opinión en Everson v. Board of Education, 330 US 1 (1947).
- (203) BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs-Merrill ed., 1962), pgs. 91-92.
- (204) Véaseinfra pgs. 439 y ss..
- (205) Ely, Op. cit. supra nota 187, pgs. 445-46.
- (206) Id., pg. 446. El subrayado es mío.

- (207) Véase, especialmente, el voto de J. Black en Linkletter v. Walker, 381 US 618 (1965), supra pgs. 224 y ss..
- (208) Véase supra nota 203.
- (209) Véase supra nota 190.
- (210) Por referencias de uno de sus antiguos law clerks he sabido que J. Black sabía contar que para ver cuando se entendía perfectamente una sentencia se la leía a su mujer después de comer. Precisamente ese law clerk disfrutaba gastándole la broma de introducir en el proyecto de sentencia alguna que otra expresión jurídica latina para ver si se le pasaba.
- (211) Véase infra
- (212) Véase supra pgs. 230 y ss..
- (213) BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY. THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT (Harv. Univ. Press, 1977).
- (214) 290 US 398 (1934).
- (215) Id., pgs. 451 y 453.
- (216) 272 US 365, 387 (1926).
- (217) C. MILLER, THE SUPREME COURT AND THE USES OF HISTORY (1969).
- (218) Id., pgs. 20 y ss..
- (219) Id., pg. 25.

- (220) Id., pg. 20. Especialmente en un campo típicamente norteamericano: las disputas fronterizas entre Estados y las relaciones con los indios, donde la historia es prácticamente decisoria como fuente. Véase id., pgs. 23-24.
- (221) Véase, por ejemplo, TenBroek, Use by the United States Supreme Court of Extrinsic Aids in Constitutional Adjudication, 27 Cal L Rev 399, 421 (1939) y, especialmente, Kelly, Clio and the Court: An Illicit Love Affaire, 1965 S Ct Rev 119.
- (222) Véanse como ejemplo los estudios de MILLER en Op. cit. supra nota 217, pgs. 38 a 148, donde analiza varias sentencias en las que más utilizó la historia el TS. Incluso hay casos en que utilizando las mismas autoridades, varios magistrados del TS llegaron a resultados distintos. Véase, por ejemplo, United States v. Barnett, 376 US 681 (1964).
- (223) MILLER, Op. cit. supra nota 217, pg. 156.
- (224) Un intento curioso lo constituye la propuesta de elaboración de un diccionario especial de 1.787 elevada por Crosskey en 1953, quien lo consideraba esencial para la auténtica investigación de la intencionalidad de los constituyentes. CROSSKEY, POLITICS AND THE CONSTITUTION IN THE HISTORY OF THE UNITED STATES (1953).
- (225) Opinión concurrente de J. Jackson en Youngstown v. Sawyer, 343 US 579, 635 (1952), citada igualmente en MILLER, Op. cit. supra nota 217, pg. 157.
- (226) MILLER, Op. cit. supra nota 217, pg. 159. En las notas de

las páginas 158 y 159 se recogen las principales "fuentes" de cada uno de ellos, fuentes que efectivamente son casi "oficiales", desde EL FEDERALISTA hasta la colección de FARRAND, THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, publicada en 1911.

- (227) En el mismo sentido véase MILLER, Op. cit. supra nota 217, pg. 159.
- (228) Voto concurrente de J. Frankfurter en Dennis v. United States, 341 US 494, 523 (1951).
- (229) Véase especialmente la opinión de Bickel, infra pg. 331.
- (230) Véase, por ejemplo, la opinión de J. Black en United States v. Barnett, 376 US 681 (1964), donde no admitió expresamente la historia del common law como fuente al ser la intención de los constituyentes la de rechazar la posibilidad de existencia de juicios penales sin jurado.
- (231) Scott v. Sandford, 19 How 393 (1857)
- (232) Véase el comentario de MILLER, Op. cit. supra nota 217, pg. 27.
- (233) Id., pgs. 190 y ss..El autor pone numerosos ejemplos sacados de la jurisprudencia del TS.
- (234) El término, por lo demás bastante gráfico, procede del objeto de investigación: the original understanding, es decir, la intención originaria de los constituyentes.
- (235) Véase, por ejemplo, Brest, The Misconceived Quest for

the Original Understanding, 60 B U L Rev 204 (1980).

- (236) BERGER, Op. cit. supra nota 213.
- (237) Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, 54 Tex L Rev 693 (1976).
- (238) Id., pg. 700.
- (239) Grey, Do We Have an Unwritten Constitution ?, 27 Stan L Rev 703, 705 (1975).
- (240) BERGER, Op. cit. supra nota 213, pg. 293.
- (241) Id., pgs. 285-86.
- (242) Id., pgs. 293 y 306.
- (243) Berger, The Ninth Amendment, 66 Cornell L Rev 1 (1980).
- (244) Véase supra pgs. 312 y ss..
- (245) Id..
- (246) Véase Hurst, Op. cit. supra nota 170. La two-clause theory llevada por J. Frankfurter al TS, véase supra pg. 313, es más bien ésta.
- (247) Bickel, The Original Understanding and the Segregation Decision, 69 Harv L Rev 1, 64 (1955).
- (248) Véase supra pgs. 312 y ss..

- (249) LUSKY, BY WHAT RIGHT ?. A COMMENTARY ON THE SUPREME COURT'S POWER TO REVISE THE CONSTITUTION (Michie Co. ed., 1975), pg. 22.
- (250) Brest, Op. cit supra nota 235, pgs. 237-38.
- (251) Berger, por ejemplo, es incoherente al admitir la "validez" de las "usurpaciones" realizadas hasta 1977, proponiendo el originalismo sólo pro futuro. Véase BERGER, Op. cit. supra nota 213, pg. 413.
- (252) MILLER, Op. cit. supra nota 217, pg. 193.
- (253) Id..
- (254) Id..
- (255) Véase supra pg. 313.
- (256) Véase como ejemplo de interpretación sustantiva o procedimentalista de la totalidad del Bill of Rights la de Tribe, The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, 89 Yale L J 1063, 1065 y ss. (1980) o la de Ely, Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review, 37 Md L Rev 451, 473 y ss. (1978).
- (257) Uno de los mejores tratadistas de la two-clause theory, Hurst, Op. cit supra nota 170, ya indicó como incluso en las cláusulas en que el texto o la historia llamaban a su petrificación, el TS, cuando quiere, extiende su significado más allá de lo que el propio texto o la historia quisieron permitir. Ningún jurista de finales del siglo XVIII comprendería el porqué se aplican las prohibiciones de bills of attainder o ex post facto laws a situaciones actuales que nada tienen que ver con el "uso" de aquellas instituciones en aquella época.

- (258) Véase FIELD, THE EFFECT OF AN UNCONSTITUTIONAL STATUTE (1935), pgs. 45 y ss..
- (259) Baste por ejemplo con resenar el título de una de las obras más recientes sobre el tema: Maltz, Some Thoughts on the Death of Stare Decisis in Constitutional Law, 1980 Wisc L Rev 467.
- (260) Véase, por ejemplo, la derogación expresa de la doctrina sentada en Hepburn v. Griswold, 8 Wall 603 (1869) por los Legal Tender Cases, 12 Wall 457 (1871). El primero había sentado la inconstitucionalidad de la operación de dar curso legal al papel moneda emitido durante la Guerra Civil para el pago de deudas anteriores. El cambio se debió al nombramiento de dos nuevos magistrados que prácticamente se comprometieron antes de serlo a derogarlo. Véase NOWAK et al. pg. 38.
- (261) Véanse los llamados flag salute cases: Minersville School District v. Gobitis, 310 US 586 (1940); Jones v. Opelika, 316 US 584 (1942) y West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 US 584 (1943). Los dos últimos cambiaron la doctrina del primero. En su autobiografía, J. Douglas confiesa que tanto él como J. Black se habían equivocado en la argumentación jurídica. Véase DOUGLAS, THE COURT YEARS: 1939-1975 (Random House ed., 1980), pg. 45.
- (262) Jones, The Brooding Omnipresence of Constitutional Law, 4 Vt L Rev 1, 27 y ss. (1979).
- (263) A veces se utiliza el término 'doctrina' para indicar intencionadamente la interpretación jurisdiccional de la Constitución como algo distinto de la Constitución misma.

- (264) Véase infra pgs. 582 y ss.
- (265) Véase infra pgs. 367 y ss.
- (266) Véase infra pgs. 367 y ss.
- (267) Véase supra pgs. 98 y ss..
- (268) Véase supra pgs. 207 y ss..
- (269) Esta es la principal crítica de constitucionalistas como Tushnet o Arthur S. Miller cuyo pensamiento expondremos más adelante.
- (270) Chamberlain, The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions, 3 Harv L Rev 125, 130-31 (1889).
- (271) La terminología es de Maltz, Op. cit. supra nota 259, pgs. 472 y ss..
- (272) Véase supra pgs. 220 y ss..
- (273) 443 US 622 (1979).
- (274) Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).
- (275) Voto de J. Powell, al que se unieron C.J. Burger y J.J. Stewart y Rehnquist.
- (276) Voto particular de J. Stevens, al que se unieron J.J. Brennan, Marshall y Blackmun.

- (277) 285 US 293, 407-11 (1932). Se trata de un voto particular de J. Brandeis.
- (278) Véase, en el mismo sentido, LEVI, AN INTRODUCTION TO LEGAL REASONING (Univ. Chicago Press, 1948), pg. 48.
- (279) Douglas , Stare Decisis, 49 Col L Rev 735 (1949).
- (280) Id., pg. 739.
- (281) Id., pg. 747.
- (282) Id., pg. 749.
- (283) De hecho, esta re-racionalización de los ~~casos~~ casos, típico de la enseñanza del Derecho en Estados Unidos, se ha recogido como una de las causas del abandono del principio del stare decisis. Véase Cattlett, The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which it Should Be Applied, 21 Wash L Rev 158, 169-70 (1946). De esta re-racionalización no escapa el propio TS, siendo muy corriente que los jueces disidentes acusen a la mayoría de no querer admitir que la distinción (en realidad re-racionalización) de determinado precedente es una derogación encubierta.
- (284) Douglas, Op. cit. supra nota 279, pg. 749.
- (285) Véase, por ejemplo, el comentario que dedica Schwartz a los dos disidentes por antonomasia: J.J. Holmes y Black en LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA (Ed. Civitas, 1980), pgs. 55-56 y 72-74.

- (286) Douglas, Op. cit. supra npta 279, pg. 753.
- (287) Véase KARL LLEWELLYN, THE BRAMBLE BUSH (1930), pg. 66.
- (288) Monagahn, Taking Supreme Court Opinions Seriously, 39 Md L Rev 1, 10 (1979).
- (289) Id., pg. 12.
- (290) Véase, especialmente, el excelente libro de Levi, cit. supra nota 278.
- (291) Para un resumen de las distintas opiniones véase Monagahn, op. cit. supra nota 288, pg. 9 n. 37.
- (292) Véase supra pgs. 184 y ss..
- (293) Véase supra pg. 188.
- (294) 49 USLW 4969 (1981). Véase supra pgs. 117 y ss..
- (295) Id., pg. 4971.
- (296) Véase Monagahn, Op. cit. supra nota 288, pg. 2 n. 3. Véase supra pgs. 86 y ss..
- (297) Véanse, como casos curiosos, el voto particular de J. Harlan en Oregon v. Mitchell, 400 US 112 (1970) y el cambio de opinión de J. Holmes en Bailey v. Drexel Furniture Co. (The Children Labor Tax Case), 259 US 20 (1922).
- (298) Véase, en general, Comment, Supreme Court No-Clear Majority Decisions: A Study in Stare Decisis, 24 U Chi L Rev 99 (1956).

- (299) Note, Plurality Decisions and Judicial Decision Making, 94 Harv L Rev 1127 (1981).
- (300) 407 US 493 (1972).
- (301) Esta es una de las reglas técnico-jurídicas clásicas del self-restraint que plasmara J. Brandeis en el célebre párrafo de su voto concurrente en Ashwander v. TVA, 297 US 288, 346-48 (1936).
- (302) 406 US 404 (1972).
- (303) De las 88 del Tribunal Burger, 7 son falsas y 7 legítimas, dice la Note, cit supra nota 299, pg. 1130 n. 20. La nota recoge todas estas opiniones en un apéndice en la pg. 1147. El total está muy por encima del de cualquier otro Tribunal (id., pg. 1127 n. 1). De hecho, desde 1801 a 1955 hubo un total de 45.
- (304) Id., pgs. 1136 y ss..
- (305) Id., pg. 1135.
- (306) Véase la bibliografía citada en id. pgs. 1120 notas 1 y 3.
- (307) Véase supra pgs. 184 y ss..
- (308) Monaghan, Op. cit. supra nota 288, pg. 4.
- (309) TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 1979 SUPPLEMENT, pg.2.
- (310) Tushnet, The Dilemmas of Liberal Constitutionalism, 42 Ohio St L J 411,425 (1981). En un sentido casi idéntico véase

Deutsch, Precedent and Adjudication, 83 Yale L J 1553 (1974).

- (311) Véase, como ejemplo de esta versión, criticándola, Miller, On the Choice of Major premises in Supreme Court Opinions, 14 j Pub L 251 (1965).
- (312) LORCA, TEORIA Y JUEGO DEL DUENDE, en OBRAS COMPLETAS (Ed. Aguilar, 1964), pgs. 109 y ss.. En un sentido muy parecido habla de razón una de los mejores jueces estatales de norteamérica (California), Véase Traynor, La Rude Vita, La Dolce Giustizia: Or Hard Cases Can Make Good Law, 29 U Chi L Rev 223 (1962).
- (313) Véase Hutcheson, The Judgement Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision, 14 Cornell L Q 274 (1924). El mismo autor nos dice que tomó el término del WEBSTER INTERNATIONAL DICTIONARY: "Una impresión intuitiva muy fuerte de que algo va a ocurrir". Desde su utilización por Hutcheson el término ha sido totalmente aceptado en el lenguaje jurídico norteamericano.
- (314) "Cuando Jaime I mantuvo que era perfectamente competente para decidir asuntos jurídicos recurriendo a la razón, Sir Edward Coke protestó con todo respeto indicando, si nos fijamos de como lo cuenta él mismo, que esas decisiones deben alcanzarse mediante la 'razón artificial' del Derecho, estando el Rey poco cualificado para recurrir a ella". La cita es de Freund, Rationality in Judicial Decisions, en NOMOS VII, RATIONAL DECISIONS (friedrich ed., 1964), pg. 109.
- (315) Véase infra pg. 355.

- (316) La policy-oriented school of jurisprudence ha sido la máxima propulsora de este enfoque. Véase infra pgs. ~~663~~ y ss..
- (317) Como toda la filosofía de la escuela citada en la nota anterior se trata de teorías jurídicas acerca del Derecho y no del Derecho.
- (318) Véase infra pg. 356.
- (319) Véase Pound, Mechanical Jurisprudence, 8 Col L Rev 605 (1908).
- (320) Véase FRANK, COURTS ON TRIAL, (1949), citado en Miller, Op. cit. supra nota 311, pg. 254.
- (321) Hutcheson, Op. cit. supra nota 313, pgs. 274-75.
- (322) Véase HOLMES, THE COMMON LAW (1881); igualmente, véase HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS (1920), pg. 238.
- (323) Véase supra nota 319.
- (324) WASSERTSTROM, THE JUDICIAL DECISION; TOWARD A THEORY OF LEGAL JUSTIFICATION (Stanford Univ. Press, 1961).
- (325) Id., pgs. 21-22. Naturalmente, con el último punto Wassers-
trom se refiere a la creación judicial en el campo del
common law, pero el esquema puede aplicarse a la interpre-
tación constitucional (y así lo hicieron los realistas)
si tenemos en cuenta las cláusulas totalmente determina-
das de la Constitución Norteamericana.
- (326) Véase especialmente Hutcheson, Op. cit. supra nota 313.

- (327) Véase, sobre todo, FRANK, LAW AND THE MODERN MIND (Brentano's Inc., ed. 1930).
- (328) Véanse los autores y las obras citadas en WASSERSTROM, Op. cit. supra nota 324, pg. 178 n. 20.
- (329) Llamada así despectivamente por los enemigos de los realistas, en especial por los juristas de Harvard.
- (330) Ladd, The Place of Practical Reason in Judicial Decision, en NOMOS VII, RATIONAL DECISION (Friedrich ed., 1964), pg. 131.
- (331) WASSERSTROM, Op. cit. supra nota 324, pg. 24.
- (332) Id., pg. 25.
- (333) Id., pg. 24.
- (334) Véanse, por ejemplo, Ladd, Op. cit supra nota 330, pg 128 y Cohen, The Place of Logic in Law, 29 Harv L Rev 622, 630 (1915).
- (335) Véase Freund, Op. cit supra nota 314, pgs. 117-22.
- (336) Miller & Howell parafrasean aquí la célebre afirmación de Hart: "La Razón es la vida del Derecho".
- (337) Miller & Howell, Op. cit. supra nota 72, pg. 239.
- (338) 372 US 144 (1963).
- (340) Un ejemplo tomado de la jurisprudencia reciente puede ilustrarlo. City of Memphis v. Greene, 49 USLW 4389 (1981), es-

tudiaba entre otros (el caso está expuesto más detalladamente en *infra* pgs. 394 y ss.) el tema de si el cierre de una calle haciendo dar a determinados ciudadanos un rodeo constituía propiedad a efectos de la Sección 1982, que penaliza la discriminación racial en el ejercicio del derecho de "propiedad". La mayoría enfocó el caso en abstracto, es decir, ¿constituye esta actuación una limitación a dicho derecho?. Los disidentes estudiaban por el contrario qué quería decir "propiedad" cuando se promulgó dicha ley en 1866. La historia era para estos últimos el contenido de la premisa mayor.

- (341) Modernamente, sin embargo, se ha reivindicado el valor de la lógica como fuente de normas-interpretación pero resaltando básicamente el mayor valor de la lógica inductiva frente a la deductiva que es la que realmente se criticó desde el realismo. Véase Horowitz, LAW AND LOGIC (Springer Verlag, N.Y.-Wien, 1972) (especialmente por lo que al ámbito anglosajón se refiere en las pgs. 134-95).
- (342) La calificación no es mía sino de Levy, en la nota introductoria al artículo de Rostow en el libro colectivo por él editado en 1967 JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT, pg. 74. El artículo es The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 Harv L Rev 129 (1893).
- (343) "Rule of the clear mistake". Thayer en realidad tergiversó, o mejor, santificó numerosos dicta de sentencias anteriores del TS.
- (344) Aquella que simplemente otorga validez presunta a la ley, pero que no se relaciona con problemas de "hechos constitucionales". Véase *infra* pgs 711.

- (345) Thayer, Op. cit. supra nota 342, pg. 142.
- (346) Id., pg. 144.
- (347) Id., pg. 148.
- (348) Véase Mendelson, The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter, 31 Van L Rev 71, 73-74 (1978).
- (349) BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs-Merrill ed., 1962), pgs. 35-46.
- (350) GUNTHER, pg. 677 n. 2 in fine.
- (351) Bice, Rationality Analysis in Constitutional Law, 65 Minn L Rev 2, 6 (1980).
- (352) GUNTHER, pgs. 106 yss..
- (353) 4 Wheat 316 (1819).
- (354) Véase, en España, SCHWARTZ, LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA (ed. Civitas, 1981), pg. 23 n. 14 y GARCIA PELAYO, DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (Ed. Revista de Occidente, 8^a ed., 1967), pgs. 363 y ss..
- (355) El "police power" es el equivalente a la potestad de actuación pública sobre relaciones jurídicas privadas. Fue y es el título habilitante del intervencionismo.
- (356) 198 US 45 (1905).
- (357) Véase GUNTHER, pgs. 520-22.

- (358) Brest, Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, 1971 S Ct Rev 95,106.
- (359) 304 US 144 (1938).
- (360) "Cuando la existencia del fundamento racional de la legislación cuya constitucionalidad se impugna depende de hechos ... estos hechos pueden ser objeto de investigación judicial".
- (361) 313 US 236 (1941) (La fijación de cuotas máximas a percibir por los agentes de empleo es declarada constitucional como materia que los cuerpos representativos son libres de regular o no, "no necesitando el Estado demostrar los males que la legislación trata de combatir").
- (362) 335 US 525 (1949) (los parlamentos pueden legislar protegiendo a trabajadores tanto sindicados como no sindicados).
- (363) 372 US 726 (1963). Importante porque el voto mayoritario de J. Black en el sentido de que, aunque una ley sea claramente económicamente inoportuna, ineffectiva o incluso dañosa, el TS no tiene nada que decir. J. Harlan añadió un voto concurrente que indicaba que el a poyaba la ley porque era "una medida estatal relacionada racionalmente con la consecución de un fin constitucionalmente permitido". ¿Hasta que punto había desaparecido realmente la aplicación del test de la racionalidad ?
- (364) 348 US 483 (1955). El caso resume la línea jurisprudencial básica en este tema (es citado constantemente por el TS). El tribunal de distrito había declarado inconstitucional una ley de Oklahoma que prohibía a cualquier persona que no fuera optómetra u oftalmólogo hacer o duplicar lentes ópticas sin receta previa de uno de aquellos. En una pala-

bra, los simples ópticos vieron sustancialmente reducido su campo económico de actuación. El fundamento utilizado por el tribunal inferior era el de que dado que un óptico puede perfectamente reconstruir una lente a partir de un trozo, sin riesgo alguno, la ley no estaba racionalmente relacionada con el pretendido fin (salud pública) que el parlamento estatal alegaba. El TS revocó la sentencia pero utilizando un argumento nuevo: vale la búsqueda o invención por los jueces de posibles motivos de racionalidad. Cualquier atisbo de racionalidad que el juez logre encontrar, aunque nadie más se de cuenta de ello, basta para salvar la constitucionalidad de la ley.

- (365) El enfoque de "¡Manos fuera!"; es decir, los jueces nada tienen que ver con la legislación económico-social. La terminología es de GUNTHER, pg. 50.
- (366) Bennett, 'Mere' Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory, 67 Calif L Rev 1049, 1051-52 (1979).
- (367) 165 US 150 (1897).
- (368) Por clasificación o clase se entiende toda distinción legal o reglamentaria de una persona o grupo de personas para otorgarle beneficios o gargas.
- (369) Gulf Colorado & Santa Fe Railway v. Ellis, 165 US 150, 166 (1897).
- (370) 336 US 106 (1949).
- (371) 348 US 483 (1955). Véase nota 364. Esta ley había sido atacada también como contraria a la cláusula de igualdad.

- (372) 330 US 552 (1947), donde se enjuició la aplicación de una ley de Louisiana que dejaba a la discreción de un comité el nombramiento de pilotos que podían acercarse a Nueva Orleans los barcos que surcaban el Mississippi. La alegación resultó ser la de que el comité sólo nombraba a parientes y amigos. El TS, 5-4, decidió mantener su validez pues favorecer la moral y espíritu de cuerpo a los que la tradición vecinal contribuye puede ser considerado como un medio adecuado para la consecución de un fin legítimo: eficacia y seguridad en la navegación en los alrededores de Nueva Orleans. Es dudoso que hoy el TS sostuviera esa ley o su aplicación tan claramente contrarias al principio de igualdad pero el caso sigue siendo citado por el propio TS como fijando la doctrina cuando la legislación tiene carácter económico-social.
- (373) 354 US 457 (1957).
- (374) 427 US 297 (1976). La ley excluía del turístico barrio francés de Nueva Orleans a todos los vendedores ambulantes salvo que llevaran realizando su actividad allí desde al menos ocho años antes del 1 de enero del 1972. En la práctica resultaban ser sólo dos "conocidos" vendedores ambulantes que realmente formaban parte del tipismo del barrio.
- (375) Véase McGowan v. Maryland, 366 US 420 (1961), donde el TS rechazó que la excepción de determinados negocios a la obligatoriedad del cierre comercial en domingo fuera inconstitucional y McDonald v. Board of Elections, 394 US 802 (1969), donde, como en el caso anterior, el test de la racionalidad no sirvió para que se declarase inconstitucional la denegación de una modalidad de voto por correo para los presos (podían votar de otras maneras por lo que no estaba

en juego (?) el derecho de voto).

(376) Véase GUNTHER, pg. 671.

(377) La primera en serlo fue la raza. Ya veremos posteriormente como el sexo, la filiación ilegítima y la extranjería también han pasado a serlo.

(379) El primero en serlo fue el derecho de voto, siguiéndole el derecho a la apelación penal y el de movimiento interestatal.

(380) 404 US 71 (1971).

(381) 413 US 528 (1973).

(382) 417 US 628 (1974).

(383) Programa consistente en otorgar ayudas en forma de vales canjeables por alimentos en casi todos los establecimientos para familias indigentes de ámbitos rurales.

(384) Fin no permitido no equivale a inconstitucional.

(385) 426 US 67 (1976).

(386) Compárese Belle Terre v. Boraas, 416 US 1 (1974) (validez de una ordenanza que prohibía habitar en los núcleos de vivienda por ella regulados a personas no relacionadas por vínculos de parentesco), con Moore v. City of East Cleveland, 431 US 494 (1977) (el caso está descrito en infra pgs. 491 y ss.).

(387) 434 US 47 (1977).

(388) 417 US 628 (1974).

(389) Gunther, Foreword: In Search of Evolving Doctrine in a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, 86 Harv L Rev 1, 17 (1972).

(390) 448 US — (1980).

(391) 431 US 494 (1977).

(392) Véase infra *pgs. 491 y ss.*

(393) Véase nota 391.

(394) Véase nota 390.

(395) 431 US 1, 25 (1977).

(396) 437 US 518, 527 (1978).

(397) 334 US 385 (1948).

(398) La cita es coipia literal del voto particular de J. Brennan en Baldwin v. Montana Fish & Game Commissioners, 436 US 371 (1978).

(399) Véase infra *pgs. 547 y ss.*

(400) Véase infra *pgs. 569 y ss.*

(401) Véase, por todos, Note, The Less Restrictive Alternative in

Constitutional Adjudication: An Analysis, a Justification, and Some Criteria, 27 Vand L Rev 972 (1974).

- (402) Dean Milk Co. v. Madison, 340 US 349 (1951).
- (403) 397 US 137 (1970). El TS juzgó inconstitucional una ley de Arizona prohibiendo sacar del estado melones sin empaquetar. El motivo alegado por el Estado era el de preservar la calidad de los melones de Arizona a efectos comerciales.
- (404) 432 US 333 (1977).
- (405) El resumen de la conjunción de ambas reglas está sacado de otra sentencia posterior del TS en que aplicó el conjunto de ellas, Hughes v. Oklahoma, 441 US 322 (1979).
- (406) TRIBE, pg, 1190.
- (407) Dado que los Estados siempre pueden promulgar leyes más precisas en terminología, no es de extrañar que el lenguaje de la existencia de una alternativa menos gravosa salga a relucir en estos casos. Véase Note, Less Drastic Means and the First Amendment, 78 Yale L J 464 (1969).
- (408) El tema es relativamente reciente en la jurisprudencia del TS: ¿Hasta qué punto debe prevalecer el interés del acusado en un proceso "fair" sobre el principio de la libertad de expresión por la prensa acerca de asuntos que van a enjuiciarse ? Tribe sin embargo acierta al señalar que no es esa realmente la alternativa sino la de elegir entre dos intereses estatales distintos ya que el acusado siempre puede rechazar a los miembros del jurado influenciados por la prensa. Estos intereses estatales el de la condena del

criminal y el de mantener la confianza en el proceso penal. El primero de ellos puede lograrse sin necesidad de restringir totalmente el segundo (o mejor, de forma menos gravosa para el segundo). El caso clave es Nebraska Press Association v. Stuart, 427 US 539 (1976), donde el TS anuló una orden del juez de distrito que, ante la atmósfera que estaba produciendo la publicidad de un caso prohibió a la prensa seguir informando. El TS declaró que había alternativas menos gravosas tales como suspender o aplazar el proceso, informar cuidadosamente a los jurados para minimizar la influencia de la prensa anteriormente publicada, proponer el encierro voluntario de los jurados hasta el momento de la celebración del proceso... etc.. Véase el comentario al caso en TRIBE, pgs. 625 y ss..

(409) Con ello se quiere expresar toda la jurisprudencia en materia de libertad de expresión que, desde 1939, condena no las restricciones por un Estado de un contenido informativo concreto (propaganda subversiva...) sino las restricciones indirectas que se producen al favorecer otros intereses (uso de altavoces en determinadas urbanizaciones, distribución de panfletos en el interior de edificios, la regulación de la publicidad comercial sólo muy recientemente constitucionalizadas por el Tribunal Burger ... etc.). Toda esta área ha sido enjuiciado desde el primer caso, Schneider v. State, 308 US 147 (1939), con la técnica de la alternativa menos gravosa.

(410) Efectivamente, National League of Cities v. Usery, 426 US 833 (1976), el caso que resucitó la enmienda n° 10 como límite a la cláusula de comercio invocada por el Congreso, puede entenderse también como utilizando esta técnica ya que, al final de la sentencia, J. Rehnquist distinguió el

caso de otro anterior, Fry v. United States, 421 US 542 (1975), basándose en que este último interfería tan gravosamente con la soberanía de los Estados "ya que los medios elegidos fueron cuidadosamente elaborados para no interferir la libertad de los Estados más allá de un periodo muy específico de tiempo".

- (411) El argumento fundamental de Dunn v. Blumstein, 405 US 330 (1972) donde se comenzaron a limitar los requisitos estatales de residencia para las votaciones en elecciones locales, consistía en que había medios menos gravosos para prevenir el fraude electoral.

- (412) Véase, por ejemplo, United Mine Workers v. Illinois Bar Association, 389 US 217, 223-25 (1967), donde el TS declaró inconstitucional una regulación estatal de la abogacía que impedía a un sindicato contratar a un abogado para asisitir legalmente a los trabajadores en determinadas demandas laborales. El TS afirmó que había otros medios de regular la ética profesional mucho menos restrictivos de la libertad de asociación.

- (413) Véase, por ejemplo, Kusper v. Pontikes, 414 US 51 (1973), donde el TS consideró que otro caso anterior, Rosario v. Rockefeller, 410 US 752 (1973), constituía un medio menos gravoso para el derecho de voto en ambas primarias (demócrata y republicana) que el esquema legal examinado en el caso de autos.

- (414) En este contexto tiene un origen paralelo al de la aplicación de la técnica en el área de la libertad de expresión. Schneider v. Town of Irvington, 308 US 147 (1939), fue el primer caso y se refería a supuestos de propaganda religiosa en el interior de edificios.

- (415) Uno de los razonamientos de United States Trust Co. v. New Jersey, 431 US 1 (1977) (véase texto que acompaña a la nota 395) consiste en que los fines alegados por New Jersey y New York (fomentar el uso del transporte público en vez del automóvil particular) podían haberse logrado sin una modificación tan drástica del contrato o incluso sin su modificación. La ley había sometido a responsabilidad retroactivamente determinados bonos.
- (416) Véase, por ejemplo, Kelley v. Johnson, 425 US 238 (1976), (el caso donde se declaró constitucional la ordenanza de nueva York ordenando a la policía llevar el pelo corto por no ser contrario al right of privacy). El voto particular de J. Marshall señalaba que el obligar a los policías a llevar en servicio una peluca era una alternativa menos gravosa.
- (417) En el célebre caso de University of California Regents v. Bakke, 438 US 265 (1978), J. Powell incluso puso el ejemplo del programa de la Universidad de Harvard como menos gravoso del principio de igualdad. De todas formas véase infra nota 1162.
- (418) Véase Note, cit supra nota 401, pg. 1017. El primer caso, Anderson v. Dunn, 6 Wheat 204, 231 (1821) es citado como el primer caso.
- (419) Gunther, Op. cit supra nota 389.
- (420) Véase GUNTHER, pg. 692.
- (421) El mismo señaló que iba a parecer una herejía, Véase Linde, Due Process of Law Making, 55 Neb L Rev 197 (1976).

- (422) Ely, Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law, 79 Yale L J 1205 (1970). El debate fue alentado igualmente por Brest, Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, 1971 S Ct Rev 95. Ambos son los "scholars" "con quienes cualquier académico serio ha contraído una enorme deuda... por sus trabajos, auténticas puntas de lanza en la mayoría de las cuestiones relacionadas con el tema de la motivación legislativa" según Alexander, Motivation and Constitutionality, 15 S Diego L Rev 925, 926 (1978).
- (423) Gunther, Op. cit. supra nota 419, pg. 23.
- (424) Linde, Op. cit. supra nota 421, pg. 208.
- (425) Para el intérprete norteamericano el método es, sin embargo, objetivo y no subjetivo pues sería lo último si el juez pretendiera a toda costa imponer "su finalidad". Véase, por ejemplo, Frankfurter, Some Reflections on the Reading of Statutes, 47 Col L Rev 527, 538-39 (1937).
- (426) Clark, Legislative Motivation and Fundamental Rights in Constitutional Law, 15 S Diego L Rev 953, 974 (1978).
- (427) Véase id., pgs. 955 y ss., analizando todas las diferencias de significado de ambos términos utilizadas hasta el momento.
- (428) Véase Note, Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection, 82 Yale L J 123, 128-132 (1972).
- (429) 336 US 106 (1949).

- (430) Véase texto que acompaña a la nota 370.
- (431) Como el TS hizo por ejemplo en otro caso que ya conocemos, Gulf Colorado and Santa Fe Railway v. Ellis, 165 US 150 (1897). Véase texto que acompaña a las notas 367 y 368. Es decir, imaginando toda clase de finalidades posibles para una ley salvo la más obvia: se obligaba a pagar al abogado de la parte contraria a la compañía ferroviaria porque estas compañías son las que se resisten a pagar las reclamaciones de indemnización con más tozudez. Sobre los fines peregrinos alegados por el TS véase id., pgs. 155-57.
- (432) Por seguir con ese ejemplo, si el fin de la norma se formula en abstracto (obligar a pagar a cualquiera que se resista a indemnizar, lo que hizo el TS), es raro que haya una sola ley que pase el test de la racionalidad.
- (433) Todo el mundo sabe que las finalidades de las normas pueden ser complejas o variadas. El identificar una de ellas como absolutamente dominante puede dar lugar siempre a su irracionalidad. La "tripartición" de manipulaciones procede de la Note cit supra nota 428, pgs. 133 y ss..
- (434) Véase Clark, Op. cit. supra nota 426, pg. 962; BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962), pg. 212. Una versión especial consiste en distinguir entre los motivos del legislador y los de aquellos que aplican la ley; entonces se llamaría a estos últimos "purpose". Véase BREST, pg. 42.

Sin embargo, en estos casos o se trataría de algo parecido a la desviación de poder que nosotros conocemos o se trataría de la que le atribuye el juez, que es lo que se trata de evitar precisamente.

- (435) Perry, A Brief Comment on Motivation and Impact, 15 S Diego L Rev 1173, 1175 (1978).
- (436) 7 Wall 506, 514 (1869).
- (437) 363 US 603 (1960).
- (438) 296 US 287, 299 (1935). Voto particular.
- (439) Miller, If "The Devil Himself Knows Not the Mind of Man", How Possibly Can Judges Know the Motivation of Legislators?, 15 S Diego L Rev 1167 (1978).
- (440) Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 US 20, 37 (1922).
- (441) Id..
- (442) 391 US 367 (1968).
- (443) 403 US 217 (1971).
- (444) 377 US 218 (1964).
- (445) 364 US 339 (1960).
- (446) Véase nota 422.
- (447) 426 US 229 (1976).
- (448) 429 US 252 (1977).
- (449) 442 US 256 (1979).
- (450) 49 USLW 4389 (1981).

(451) 48 USLW 4035 (1980).

(452) 49 USLW 4207 (1981).

(453) 426 US 229 (1976).

(454) 406 US 535 (1972).

(455) Véase infra Capítulo V.

(456) 429 US 252 (1977).

(457) Hay que tener en cuenta que Arlington era un caso de plan urbanístico y, por tanto, de decisión administrativa: el acto de rezonificación de un área para que pasara a ser de viviendas multifamiliares (de hecho se enfrentaban dos colectivos negros).

(458) 49 USLW 4389(1981).

(459) Aparte de ello se alegaba la infracción del 42 USC Sección 1982, ley que tiene un origen parecido a la ya estudiada Sección 1983, aunque prodcede de la Civil Rights Act de 1866 que otorgaba bajo sanción penal a todos los ciudadanos el mismo derecho a heredar, vender, arrendar, comprar o, en general, contratar acerca de propiedad mobiliaria & inmobiliaria.

(460) Véase la nota anterior.

(461) 49 USLW 4389, 4397-99 (1981).

(462) Véanse Columbus Board of Education v. Penick, 443 US 449 (1979) y Dayton Board of Education v. Brinkman (Dayton II),

443 US 526 (1979). Sin embargo el simple mantenimiento del status quo segregado después de Brown I. es decir, desde 1954, basta como prueba de la discriminación, lo que en la práctica viene a equivaler al "efecto".

(463) Véase Mobile v. Bolden, 446 US — (1980) donde el TS mantuvo, por falta de prube del "purpose" discriminatorio, un esquema electoral totalmente mayoritario (todos eligen a las tres personas que gobiernan Mobile, en vez de haber distritos). No bastaba probar el efecto discriminatorio contra los negros sino que había que probar que el plan obedecía a esa finalidad, lo cual era francamente difícil ya que el esquema electoral databa de 1911.

(464) 426 US 229 (1976).

(465) Véase Griggs v. Duke Power Co., 401 US 424 (1971).

(466) Véase Rome v. United States, 446 US —, 100 S Ct 1548 (1980).

(467) 442 US 256 (1979).

(468) Yick Wo v. Hopkins, 118 US 356 (1886).

(469) Véase Op. cit. supra nota 422.

(470) Id..

(471) 403 US 217 (1971). Véase supra pg. 390. •

(472) 391 US 367 (1968). Véase supra pg. 390.

(473) 432 US 464 (1977).

- (474) 448 US — (1980). Sobre estos dos casos véase supra pgs. 216 y ss..
- (475) 410 US 113 (1973).
- (476) 49 USLW 4035 (1980).
- (477) Es decir, si por diez años de trabajo corresponde una pensión de \$300 al mes, por veinte años corresponde una mayor, \$500 por ejemplo, pero no proporcional (tendrían que ser \$600 al haberse trabajado el doble número de años).
- (478) Por seguir con el ejemplo, veinte años en la industria ferroviaria dan lugar a una pensión de \$300 al mes. Diez años en esa industria y otros diez en otra producen en cambio una pensión total de \$600 (300 por cada prestación).
- (479) Redactada por J. Rehnquist, a la que se unieron C.J. Burger y J.J. Stewart, White, Blackmun y Powell.
- (480) J. Stevens 49 USLW 4039-40.
- (481) Redactado por J. Brennan, al que se unió J. Marshall.
- (482) La sentencia recoge preguntas de senadores a los promotores de ley (redactada por representantes de asociaciones empresariales y de los sindicatos), preguntas a las que se contesta expresamente que no perjudicaría para nada las expectativas de trabajador alguno que llevara diez o más años en la industria. Simplemente parece obvio que "se les pasó" a los senadores la clasificación perjudicada. Véase 49 USLW 4035, 4042-43 (1980).
- (483) Esta parece que era una de las posiciones claras del sindicato.

- (484) 49 USLW 4207 (1981).
- (485) Al voto formulado por J. Powell se unieron J.J. Brennan, Marshall y Stevens. Al voto mayoritario de J. Blackmun se unieron C.J. Burger y J.J. Stewart, White y Rehnquist.
- (486) Sobre el programa SSI véase infra pgs. 932-33.
- (487) Ello venía a establecer que sólo los internados en instituciones mentales públicas resultaban totalmente excluidos del programa SSI.
- (488) 49 USLW pg. 4209.
- (489) Id., pgs. 4211-12.
- (490) Id., pg. 4214.
- (491) Véase supra pgs. 202 y ss..
- (492) Véase CRISAFULLI, LEZIONI DI DIRITTO COSTITUZIONALE (Padua, 1978, 4^a ed.), pgs. 330 y ss..
- (493) Véase supra pgs. 286 y ss..
- (494) Note cit supra nota 428, pg. 128.
- (495) Eisenberg, Reflections on a Unified Theory of Motive, 15 S Diego L Rev 1147, 1148 (1978). Eisenberg resume así las ideas de Karst recogidas en The Costs of Motive-Centered Inquiry, 15 S Diego L Rev 1163 (1978).
- (496) Véase Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 Harv L Rev 1281 (1976).

- (497) Karst, Op. cit. supra nota 495, pg. 1166.
- (498) Linde, Op. cit. ~~supra~~ nota 421, pg. 227.
- (499) Véase Miller, Op. cit. supra nota 439.
- (500) Linde, Op. cit. supra nota 421, pg. 209.
- (501) Id., pg. 223.
- (502) Id., pg. 228.
- +
- (504) Gunther, Op. cit. supra nota 389, pg. 47.
- (505) Linde, Op. cit. supra nota 421, pg. 231.
- + (503) Richard Posner es precisamente el mayor promotor del llamado "nuevo realismo del proceso político". Véase Posner, The De Funis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities, 1974 S Ct Rev 1, 28.
- (506) Gunther, Op. cit. supra nota 389.
- (507) Id., pgs. 20-22.
- (508) Véase Bennett, Op. cit. supra nota 366, pgs. 1056-77.
- (509) Véase, por ejemplo, Lindsey v. Natural Carbonic Gas Co., 220 US 61, 78 (1911).
- (510) Véase, por ejemplo, Leathers v. City of Burns, 251 Ore 206, 444 P 2d 1010 (1968), comentado por Linde en Op. cit. supra nota 421, pgs. 218 y ss..

- (511) Véase supra nota 377 y el texto que la acompaña e infra
- (512) Véase supra pg. 75.
- (513) Bice, Motivational Analysis as a Complete Explanation of the Justification Process, 15 S Diego L Rev 1131, 1133 (1978).
- (514) Este mito sigue existiendo con gran fuerza a nivel constitucional estatal. Véase A.E.Dick Howard, State Courts and Constitutional Rights in the Day of the Burger Court, 62 Va L Rev 873, 890, 937 (1976).
- (515) Bennett, Op. cit. supra nota 366, pg. 1083.
- (516) Id., pgs. 1084 y ss..
- (517) Véase Michelman, Politics and Values, or What's Wrong With Rationality Review?, 13 Creigh L Rev 487 (1979). Véase infra Capítulo V.
- (518) La idea la toma Bice de Ely. Véanse Bice, Rationality Analysis in Constitutional Law, 65 Minn L Rev 1, 31 (1980) y Ely, Op. cit supra nota 422, pgs. 1224-28.
- (519) Bice, Op. cit. supra nota anterior, pgs. 37-40.
- (520) Véase Note cit. supra nota 401, pgs. 1017.
- (521) Id., pg. 1023.
- (522) BREST, pg. 992.

- (523) RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Harv Univ. Press, 1971), pg. 67: "La formulación de Pareto requería que nadie fuera herido por un cambio y que al menos se beneficiara de él", citando a PARETO, MANUEL D'ECONOMIE POLITIQUE (1927), pgs. 617-18.
- (524) El propio Michelman lo confiesa.
- (525) Véase infra *pgs. 501 y ss.*
- (526) Me refiero, por supuesto, a Linde. Véase infra
- (527) Véase el modo constante como esto sale a relucir en la jurisprudencia del TS por ejemplo en Fritz en las notas 482 y 483.
- (528) Bennett, Gunther, Michelmen, Bice... etc..
- (529) Véase supra pgs. 406-07.
- (530) Tussman & TenBroek, The Equal Protection of the Laws, 37 Cal L Rev 341 (1949).
- (531) Véase supra pgs. 371 y ss..
- (532) Véase supra pg. 370.
- (533) Ely, On Discovering Fundamental Values, 92 Harv L Rev 5, 29 (1978).
- (534) Resumiendo así el espíritu de la época, HAINES, THE REVI-
VAL OF NATURAL LAW CONCEPTS (Harv. Univ. Press, 1930), pg. 75.

- (535) COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (Oxford Univ. Press, 1976), pg. 112.
- (536) Véase, principalmente, Grey, Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought, 30 Stan L Rev 843 (1978).
- (537) véase CORWIN, THE 'HIGHER LAW' BACKGROUND OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (Cornell Univ. Press, 1955).
- (538) Véase A.E. DICK HOWARD, THE ROAD FROM RUNNYMEDE (Univ. Press of Va, 1968).
- (539) En un principio la defensa por los tribunales del Derecho Natural se afirma por oposición a la Corona. Cuando el principio de soberanía parlamentaria cobra vigor, obien la apelación al Derecho Natural deja de tener sentido (Blackstone), o bien se afirma igualmente frente al parlamento (Coke).
- (540) Los textos básicos de donde ambas interpretaciones proceden son respectivamente Dr Bonham's Case, 8 Coke Rep. 107; 116-21 (C.P. 1610) y los COMMENTARIES de Blackstone, vol. 1, pgs. 41-43. En el primer texto, Coke, citando antecedentes, que según Pound no son tales, Common Law and Legislation, 21 Harv L Rev 383, 391 (1908), señaló que "cuando una ley del parlamento va contra la Razón y en Derecho Común, el common law la controlará y enjuiciará como nula". En el segundo, Blackstone señaló que "ninguna ley humana puede contradecirlas(a la ley natural o divina)... pero, si alguna ley humana que las contradice nos obliga, entonces estamos nosotros obligados a desobedecerla, para no ofender a la ley humana y divina", para afirmar a continuación que nada puede impedir al Parlamento a no pro-

mulgar una ley válida que contradiga a las anteriores. Se trata, pues, de una obligación moral, no jurídica, de no respetar la ley positiva.

Los comentarios de que han sido objeto ambos textos son numerosísimos. Comentando a Coke véanse por ejemplo Pound, Op. cit. supra; Plucknett, Bonham's Case and Judicial Review, 40 Harv L Rev 30 (1926); HAINES, THE AMERICAN DOCTRINE OF JUDICIAL SUPREMACY (New York, 1924), pgs. 25 yss. y Thorne, Dr. Bonham's Case, 54 L Q Rev 543 (1938).

(541) Corwin, The Basic Doctrine of American Constitutional Law, 12 Mich L Rev 247, 254-55 (1914).

(542) Véase Pound, Op. cit supra nota 540, pieza fundamental para entender el valor que en ciertas épocas de la Historia del Derecho Norteamericano se dio al common law.

(543) Véase infra

(544) Véase infra

(545) Extendernos en la explicación de como esa rule of reason equivale al Derecho Natural nos llevaría demasiado lejos. Véase, por todos, HAINES, Op. cit. supra nota 534, pgs. 28-49.

(546) La tripartición es de HOWARD, Op. cit. supra nota 538, pgs. 303, 305 y 307 aunque el contenido que las da es más distinto y más "procedimentalista".

(547) I BLACKSTONE, COMMENTARIES, pgs. 129-37.

(548) Corwin, Op. cit. supra nota 541, pgs. 255 y ss..

- (549) Sobre estos magistrados véase en España SCHWARTZ, LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA (Ed. Civitas, 1980), pgs. 31-36 y 45-53 respectivamente.
- (550) Véase Corwin, Op. cit. supra nota 541 y WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (Oxford Univ. Press, 1976), pgs. 35 y ss..
- (551) 3 Dall 386 (1798).
- (552) 1 Cranch 137 (1803).
- (553) Dr. Bonham's Case, supra nota 540, planteaba precisamente este supuesto.
- (554) 6 Cranch 87 (1810).
- (555) En 1795 varias compañías obtuvieron concesiones de territorios. Hubo acusaciones de soborno a los legisladores y el nuevo parlamento intentó anular las anteriores concesiones promulgando una nueva ley.
- (556) Véanse en este sentido GUNTHER, pg. 506 y BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (Harv. Univ. Press, 1977), pgs. 373-79. McCulloch v. Maryland, 4 Wheat 316 (1819) representa ya un nuevo tipo de enfoque, el racionalista que hemos tenido antes ocasión de examinar (véase supra. pgs. 362 y ss.) o desde el punto de vista de Berger, el originalista.
- (557) GUNTHER, pg.555.
- (558) Enterrada desde 1934 en el caso Home Buliding & Loan Association v. Blaisdell, 290 US 398 (1934), modernamente ha vuelto a resucitar siendo una muestra más del activismo del

Tribunal Burger. Véase Howard, The Burger Court: A Judicial Nonet Plays the Enigma Variations, 43 L & Cont Prob 7, 15 (1980). El caso guía de la "resurrección" fue United States Trust Co. v. New Jersey, 431 US 1 (1977).

- (559) Para algunos autores, la "doctrina" en sí misma sería ahora la fuente, como precedente. Véase MILLER, THE SUPREME COURT AND THE USES OF HISTORY (1969), pg. 25. Sin embargo, como la teoría sentada por el TS es en sí misma iusnaturalista, sería inútil diversificar las fuentes. Por otra parte, el propio TS hablaba en términos de Derecho Natural en cada una de las aplicaciones de la doctrina.
- (560) Corwin, Op. cit. supra nota 541, pg. 261.
- (561) 94 US 113 (1877). Su formulación a nivel estatal es muy anterior: Lumbarde v. Stearnes, 58 Mass (4 Cush) 60 (1849), sentencia de C. J. Shaw. Véase Schwartz, Op. cit supra nota 549, pgs. 50-51.
- (562) Véase supra pgs. 362 y ss..
- (563) Véase, en este sentido, HAINES, Op. cit. supra nota 534, pgs. 177-82.
- (564) Corwin, Op. cit. supra nota 541, pgs. 265 y ss..
- (565) 7 Cow 585 (1827).
- (566) Corwin, Op. cit. supra nota 541, pg. 267.
- (567) Véase infra *nota* 1343.
- (568) Véase infra pg. 425 in fine.

- (569) 198 US 45 (1905). Lochner constitucionalizó el principio de libertad contractual, sin embargo los límites al poder de policía ya habían sido constitucionalizados en Mugler v. Kansas, 123 US 623 (1887). Véase infra pgs. 463 y ss.
- (570) 16 Wall 36 (1873).
- (571) Véanse ejemplos en HAINES, Op. cit. supra nota 534, pgs. 175-76, ns. 1, 1 y 2. Véase igualmente un resumen de la historia de esta jurisprudencia desde Munn en adelante en FINE, LAISSEZ FAIRE AND THE GENERAL WELFARE STATE (univ. of Mich. Press, 1978), pgs. 151-64. Igualmente, como análisis de los casos que afirman la existencia de "fundamental rights" al amparo de la due process clause de la enmienda n° 14, véase Bird, The Evolution of Due Process of Law in the Decisions of the United States Supreme Court, 13 Col L Rev 37 (1913).
- (572) El propio Kent había basado el Derecho de Propiedad en la Ley Divina. Véase Corwin, Op. cit. supra nota 541, pg. 262. Esta corriente es, por supuesto, mero reflejo de la mentalidad de la época. Véase FINE, Op. cit. supra nota anterior, pgs. 52 y ss. y 106 y ss.. Adam Smith e incluso Dios son fuente constitucional para J. Field tanto en su voto particular en los Slaughter House Cases como en Butchers' Union Co. v. Crescent City Co., 111 US 746, 757 (1884).
- (573) KENT, 2 COMMENTARIES 332.
- (574) 158 US 601 (1895).
- (575) Véase el trabajo, no publicado, de Stanley, The Dynamics of Reaction: William D. Guthrie. Natural Law Constitutiona-

-191-

lism, and the Problem of Redistributive Taxation, 1894-1898.

- (576) 20 Wall 655 (1874).
- (577) Véase supra Capítulo I.
- (578) McCurdy, Justice Field and the Jurisprudence of Government-Bussiness Relations: Some Parameters of Laissez Faire Constitutionalism, 1863-1897, 61 J of Am Hist 970, 986 (1975).
- (579) El mejor expositor de la teoría de los límites implícitos fue sin duda Cooley, cuya obra CONSTITUTIONAL LIMITATIONS sirvió de guía a todos los tribunales hasta la Depresión. Véase infra *pgs. 499 y ss.*
- (580) Véase HAINES, Op. cit. supra nota 534, pgs. 86-88.
- (581) 208 US 161 (1908).
- (582) 236 US 1 (1915).
- (583) 3 Dall 386 (1798). Véase supra pgs. 427-28.
- (584) KENT, 2 COMMENTARIES 332.
- (585) 2 Johns. Ch. 162 (1816).
- (586) Corwin, Op. cit supra nota 541, pgs. 263-64.
- (587) 164 US 403 (1896).
- (588) HAINES, Op. cit. supra nota 534, pgs. 154 y ss..
- (589) 116 US 307, 331 (1885).

- (590) 134 US 418 (1889).
- (591) Id., pg. 458.
- (592) 411 US 677 (1973).
- (593) 16 Wall 130 (1873).
- (594) FINCH, LAWS, B.I. c. 6 (1636) citada por Pound, Op. cit. supra nota 542, pg. 392.
- (595) Decaía en el mundo jurídico intelectual con la soci^ological jurisprudence de Pound y el realismo jurídico. En realidad el cambio de opinión por el TS vino por el de un solo juez, J. Roberts, quien pasó a formar parte de una nueva mayoría 5-4 inversa a la opuesta al New Deal.
- (596) 211 US 78 (1908).
- (597) 110 US 516 (1886).
- (598) Barron v. Baltimore, 7 Pet 243 (1833).
- (599) 332 US 46 (1947).
- (600) Los argumentos históricos utilizados por J. Black fueron refutados por Fairman, Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights ? The Original Understanding, 2 Stan L Rev 5 (1949). J. Black tuvo ocasión de revisar y perfilar sus propios argumentos incluyéndolos en su voto concurrente en Duncan v. Louisiana, 391 US 145 (1968). El tema desde el punto de vista histórico sigue siendo objeto de debate. Véase la bibliografía básica en GUNTHER, pg. 482 n. 2.

- (601) Véase como J. Black tuvo, pues, una función de catalizador en SCHWARTZ, Op. cit. supra nota 549, pgs. 73-77.
- (602) 302 US 319 (1937).
- (603) Véase, por ejemplo, la sentencia en Gideon v. Wainwright, 372 US 355 (1963), incorporadora del derecho a la asistencia legal en todas las acusaciones de felony, sentencia redactada por J. Black.
- (604) Gitlow v. New York, 268 US 652 (1925), incorporado antes de Palko.
- (605) Powell v. Alabama, 287 US 45 (1932), incorporado también antes de Palko.
- (606) Rechazada su incorporación precisamente en Palko, aunque se incorporara finalmente en 1969 en Benton v. Maryland, 395 US 145.
- (607) Véase el voto concurrente de J. Frankfurter en Adamson v. California, 332 US 46 (1947).
- (608) 342 US 165 (1952).
- (609) 329 US 459 (1947).
- (610) Id., pg. 470.
- (611) Id., pg. 471.
- (612) Criticando las pretensiones objetivas de J. Frankfurter véase Braden, The Search^r for Objectivity in Constitutional Law.

en JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT (Levy ed., 1967), pgs. 172 a 197), pgs. 184-92. De todas formas la posición de J. Black ya ha sido objeto de crítica en otro lado. Véase supra pgs. 316 y ss..

(613) Véase Duncan v. Louisiana, 391 US 145 (1968) y su comentario en esta obra infra pgs. 604 y ss.

(614) Grey, Op. cit. supra nota 536.

(615) Véase infra pgs 594 y ss.

(616) Véase, en general, HAINES, Op. cit. supra nota 534.

(617) Véase supra nota 533 y el texto que la acompaña.

(618) COX, Op. cit. supra nota 535, pg. 16.

(619) Id..

(620) Id., pg. 30.

(621) Id., pg. 118.

(622) 410 US 113 (1973).

(623) Véase infra pgs. 726 y ss.

(624) Oakes, The Proper Role of the Federal Courts in Enforcing the Bill of Rights, 54 N Y U L Rev 911, 922-23 (1979).

(625) Sobre el origen de la llamada visión instrumentalista del Derecho en Norteamérica véase Horowitz, The Emergence of an

Instrumental Conception of American Law, en 5 PERSPECTIVES
IN AMERICAN LEGAL HISTORY 287. (1971).

- (626) Véase infra pgs. 491 y ss
- (627) Véase infra pgs. 473 y ss.
- (628) Véase infra pgs. 478 y ss.
- (629) Véase supra epígrafe anterior.
- (630) Id..
- (631) Véase infra pgs. 593 y ss.
- (632) 304 US 144, 152 n. 4 (1938).
- (633) DUCAT, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (West Pub. Co., 1978), pg. 199.
- (634) 323 US 516 (1945).
- (635) Id., pg. 529.
- (636) Id., pg. 530.
- (637) Hand, Chief Justice Stone's Concept of the Judicial Function, en THE SPIRIT OF LIBERTY (Vintage Books ed., 1959), pg. 156. Todavía hoy hay jueces que muestran su falsedad, sobre todo J. White: "La dicotomía entre derechos personales y de propiedad es falsa", Lynch v. Household Finance Corp., 405 US 538, 552 (1972).

- (638) Véase WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (Oxford Univ. Press, 1976), pg. 220.
- (639) Véase, por ejemplo, su voto concurrente en Kovacs v. Kooper, 336 US 77 (1949).
- (640) Véanse los casos citados en DUCAT, Op. cit. supra nota 633, pg. 213 nn. 52-55.
- (641) Véase, por ejemplo, Korematsu v. United States, 323 US 214 (1944) (donde se apreció la constitucionalidad de los internamientos en campos de concentración de súbditos norteamericanos de origen oriental que residían en la costa oeste).
- (642) Véase Rostker v. Goldberg, 101 S Ct 2646 (1981) (que admitió la discriminación de sexo en el reclutamiento militar).
- (643) Véase Marston v. Lewis, 410 US 679 (1973), Véase es te caso en infra
- (644) La llamada substantive equal protection tiene un significado diferente; no hace referencia a los valores sustantivos incorporados al ordenamiento constitucional através de dicha cláusula, que los hubo, véase pgs. 353 y ss., sino al aspecto prestacional, que su aplicación a la discriminación por razón de ^{la condición} ~~discriminación~~ económica puede implicar y que será examinada con todo detalle en el Capítulo V.
- (645) Los juristas norteamericanos, especialmente los que actúan ante el TS, han seguido plenamente este esquema argumental impuesto por el TS pese a las protestas de J. Marshall quien cree que la dicotomía (o tripartición) de estándares de constitucionalidad impide calibrar adecuadamente los intereses

en juego. Véase infra *pgs. 593 y ss.*

- (646) Véase el intento reciente de categorizar como clase sospechosa a los internados en instituciones mentales en Schweiker v. Wilson, 49 USLW 4207 (1981).
- (647) Casi todos los welfare rights, por ejemplo, han intentado ser constitucionalizados por esta vía. Véase infra Capítulo V.
- (648) Véase infra *pgs. 593 y ss.*
- (649) Véase Craig v. Boren, 429 US 190 (1976) donde el test intermedio quedó definitivamente consagrado.
- (650) Véase University of California Regents v. Bakke, 438 US 265 (1978).
- (651) Véase infra *pgs. 737 y ss.*
- (652) Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965) (el caso que declaró inconstitucional la penalización del uso de anticonceptivos).
- (653) J. Reynolds por ejemplo. Véanse Meyer v. Nebraska, 262 US 535 (1923) y Pierce v. Society of Sisters, 268 US 510 (1925) (los casos que constitucionalizaron la libertad total de enseñanza privada).
- (654) Véase Skinner v. Oklahoma, 316 US 535 (1942). Sobre este caso véase supra pgs. 205 y ss..
- (655) Véanse Loving v. Virginia, 388 US 1 (1967) (prohibición

de matrimonios interraciales declarada inconstitucional) y, especialmente, Zablocki v. Redhail, 434 US 374 (1978) donde se calificó al derecho al matrimonio como derecho fundamental.

(656) Véase Boddie v. Connecticut, 401 US 371 (1971). Véase el caso en infra pgs. 909 y ss.

(657) 410 US 113 (1973),

(658) Zablocki v. Redhail, 434 US 374 (1978).

(659) Moore v. City of East Cleveland, 431 US 494 (1977).

(660) Parham v. J.R., 442 US 584 (1979).

(661) Wisconsin v. Yoder, 406 US 205 (1972) (inconstitucional penalizar la no asistencia a la escuela si los padres se niegan a ello por motivos religiosos).

(662) Cleveland Board of Education v. La Fleur, 414 US 632 (1974).

(663) Pese a Doe v. Commonwealth's Attorney, 403 F Supp 1199 (E D Va, 1975), affirmed 425 US 901 (1976), el TS. ha dicho que la cuestión no está decidida en Carey v. Population Services International, 97 S Ct 2010, 2021 n. 17 (1977).

(664) Eisenstadt v. Baird, 405 US 438 (1972).

(665) Es inconstitucional el saludo obligatorio a la bandera desde Barnette v. West Virginia State Board of Education, 319 US 624 (1943).

- (666) Stanley v. Georgia, 394 US 557 (1964).
- (667) Véase, por ejemplo, Rochin v. California, 342 US 165 (1952) (vaciado de estómago ordenado por la policía para obtener pruebas).
- (668) 97 S Ct 2862 (1977).
- (669) El de la proporcionalidad entre el delito y la pena es claramente un criterio sustantivo.
- (670) Hasta entonces los fundamentos eran o bien la desigualdad en la aplicación o bien la excesiva discrecionalidad de los jurados.
- (671) Declaró el TS inconstitucional la pena de muerte para el delito de violación.
- (672) Véase infra *Capítulo V*.
- (673) Véase supra pgs. 352 y ss..
- (674) Véase infra pgs. 473 y ss..
- (675) Véase, por ejemplo, Everson v. Board of Education, 330 US 1 (1947) (donde se recoge toda historia de la idea de aconfesionalidad del Estado en la época de la Revolución).
- (676) 250 US 616, 630 (1919).
- (677) MILTON, AREOPAGITICA, A SPEECH FOR THE LIBERTY OF UNLICENSED PRINTING, TO THE PARLIAMENT OF ENGLAND (1644). El encuentro de J. Holmes con Milton es una afirmación indiscu-

tida en el Derecho Constitucional Americano. Véanse por ejemplo TRIBE, pg. 576 y GUNTHER, pg. 1110.

(678) STUART MILL, ON LIBERTY (1859).

(679) FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT (1948).

(680) 283 US 359, 369 (1931).

(681) Véase Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council, 425 US 748, 765 (1976). Véase infra Capítulo V.

(682) 274 US 357, 375 (1927).

(683) Véase supra pg. 317.

(684) Desde Roth v. United States, 354 US 476 (1957).

(685) Desde Bigelow v. Virginia, 421 US 809 (1975). Véase supra nota 681.

(686) Véase infra pgs.

(687) 304 US 144, 152-53 n. 4 (1938). Véase WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (Oxford Univ. Press, 1976), pgs. 220 y ss..

(688) Id..

(689) Para una enumeración de los numerosísimos comentarios a que la célebre nota ha dado lugar véase Ball, Judicial Protection of Powerless Minorities, 59 Io L Rev 1059, 1060-64 (1974).

(690) El origen de la nota y sus cambios antes de quedar así definitivamente plasmada en la sentencia se encuentran re-

cogidos en MASON, HARLAN FISKE STONE: PILLAR OF THE LAW (1956). Cap. 31, especialmente pgs. 513-14. La cita es de LUSKY, BY WHAT RIGHT ? (1975), pg. 108 n. quien a su vez lo resume en las pgs. 109-112.

(691) Todo el modelo de judicial review recientemente propuesto por Ely se basa en una especie de "santificación" de esta nota. Véase infra pgs. 510 yss..

(692) 323 US 214 (1944).

(693) Véase supra pg. 205 y su nota 99.

(694) TRIBE, pg. 1052 n. 3.

(695) Graham v. Richardson, 403 US 365, 372 (1971).

(696) Véase infra pgs. 552 y ss..

(697) 391 US 68 (1968).

(698) 404 US 71 (1971).

(699) Véase como ejemplo de prejuicio muy poco anterior a Reed el de J. Frankfurter en Gosaert v. Cleary, 335 US 464 (1948) que declaró razonable que Michigan entendiera que las mujeres no tenían porque obtener licencias para explotar bares; o el de J. Black en Hoydt v. Florida, 368 US 57 (1961), declarando razonable que las mujeres no formaran parte de los jurados a menos que voluntariamente se quisieran inscribir para realizar esos servicios.

(700) TRIBE, pgs. 944-45 n. 17.

- (701) Véase Schweiker v. Wilson, 49 USLW 4207 (1981).
- (702) El doble enfoque procede de TRIBE, pg. 1001.
- (703) Baker v. Carr, 369 US 186 (1962) y todos los casos que de él se derivan.
- (704) Véase supra pg. 101.
- (705) 394 US 618 (1969).
- (706) Véase infra pgs. 906 y ss.
- (707) A diferencia del derecho de voto en las elecciones federales cuya "fundamentalidad" se puede inferir de varios preceptos constitucionales.
- (708) 383 US 663 (1966).
- (709) 351 US 12 (1956).
- (710) 372 US 353 (1963).
- (711) Véase infra pgs. 909 y ss.
- (712) Véase infra pgs. 912 y ss.
- (713) Skinner v. Oklahoma, 316 US 535 (1942).
- (714) Loving v. Virginia, 388 US 1 (1967) y Zablocki v. Redhail, 434 US 374 (1978).
- (715) Véanse supra notas 705 yss y Capítulo V.

- (716) Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965).
- (717) Sin embargo insistimos en que cuando en Norteamérica se habla de substantive equal protection, término popularizado por Karst & Horowitz, Reitman v. Mulkey: A Teleophase of Substantive Equal Protection, 1967 S Ct Rev 39, se quiere expresar otra cosa distinta de la que nosotros nos estamos refiriendo ahora. Véase supra nota 644.
- (718) Señalado principalmente por A.E. Dick Howard, The Burger Court: A Judicial Nonet Plays the Enigma Variations, 43 L & Cont Prob 7, 25 (1980).
- (719) 410 US 113 (1973).
- (720) Véase infra pgs. 491 y ss.
- (721) Véase ~~infra~~ pgs. 493 y ss.
- (722) Véase sobre todo Perry, infra pgs. 478 y ss..
- (723) TRIBE, pg. 896.
- (724) Véase infra pgs. **597** y ss y TRIBE, pg. 895.
- (725) Véase infra pgs. **630** y ss. y TRIBE, pg. 895.
- (726) 427 US 215, 230 (1976).
- (727) Aprobado por la mayoría en otro caso como resalta TRIBE, pg. 896 n. 27.

- (728) Véase, sobre todo, Ferguson v. Skrupa, 372 US 276 (1963).
- (729) Véase, en este sentido, la aguda lista de preguntas sin respuesta que formula GUNTHER, pg. 603.
- (730) Lochner v. New York, 198 US 45 (1905). Fue el primer caso anulador de ley social por interferir el derecho natural a la propiedad y a la libre contratación. Toda su larga secuencia de casos hasta 1937 se denomina, despectivamente, al seguir los mismos presupuestos, "lochnerizing".
- (731) Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).
- (732) Y especialmente el último caso del curso pasado también limitativo del aborto, H.L. v. Matheson, 101 S Ct 1164 (1981).
- (733) A.E. Dick Howard, conversación personal.
- (734) TRIBE, pg. 948.
- (735) De todas formas Tribe parece admitir que el cambio de óptica acerca de que eran las condiciones necesarias para la libertad fue un proceso de treinta años, pues analiza cuidadosa y detalladamente los agentes que influenciaron ese proceso. Véase TRIBE, pgs. 446-49.
- (736) Véase infra pg. 493.
- (737) Tarrow, Lochner v. New York: A Political Analysis, 5 Labor History 277, 298-310.
- (738) Véanse, por ejemplo, el voto particular de J. Rehnquist en Roe y el de J. White en Griswold.

- (739) Véase infra nota 937 la opinión de Ely, aparte de la tendencia general en infra pg. 494.
- (740) Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965).
- (741) Berger menciona que tan solo lo fue en dos casos United Public Workers v. Mitchell, 330 US 75, 95 (1947), donde se enjuició la constitucionalidad de la Hatch Act que prohibía las actividades políticas a los funcionarios federales. En esta sentencia el TS hizo referencia a "la libertad de los funcionarios de las 1ª, 9ª y 10ª enmienda", pero en todo caso señaló que no suponían obstáculo alguno a una regulación federal cuando hay suficiente potestad regulatoria federal amparada en la Constitución. En Ashwander v. TVA, 296 US 288, 330-31 (1936), también el TS había rechazado una demanda basada en la 9ª enmienda alegando que no entraba en juego cuando las potestades se habían otorgado constitucionalmente al Gobierno Federal. Véase Berger, The Ninth Amendment, 66 Cornell L Rev 1, 1 n. 3 (1980).
- (742) El término "olvidada" con que se califica a la 9ª enmienda procede del acertado título de una obra doctrinal: PATTERSON, THE FORGOTTEN NINTH AMENDMENT (1955).
- (743) Sobre esta confusión véase ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980) pgs. 35 yss..
- (744) Véase Berger, Op. cit. supra nota 741. En el mismo sentido véase el voto particular de J. Black en Griswold.
- (745) 7 Pet 243, 250 (1833).
- (746) Griswold v. Connecticut, 381 US 479, 529 (1965)
- (747) 381 US, pg. 484.

- (748) 381 US, pgs. 488 y ss., especialmente, 492-93.
- (749) Véase Freeman v. Flake, 405 US 1032 (1972), denial of certiorari.
- (750) Véase Tanner v. Armco Steel Corp., 340 F Supp 532 (S D Tex 1972).
- (751) Véase, por todos, Hicklin v. Orbeck, 437 US 518 (1978).
- (752) En el mismo sentido, véase GUNTHER, pgs. 374 n. 2 y 378.
- (753) 436 US 371 (1978).
- (754) La caza del alce gratuitamente un día al año es una especie de fiesta nacional de Montana.
- (755) Véase el estupendo estudio de Bickel, The Original Understanding and the Segregation Decision, 69 Harv L Rev 1 (1955).
- (756) 16 Wall 36 (1873).
- (757) GUNTHER, pgs. 473-74.
- (758) Colgate v. Harvey, 296 US 404 (1935).
- (759) Madden v. Kentucky, 309 US 83 (1940).
- (760) Véase Kurland, The Privileges or Immunities Clause: Its Hour Come Round At Last ?, 1972 Wash U L Q 405.
- (761) ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980), pgs. 22-30.
- (762) C.BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW

(Louisiana State Univ. Press, 1969), pgs. 53 y ss..

(763) Véase supra pgs. 446 y ss..

(764) Wellington, Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication, 83 Yale L J 221 (1973).

(765) Tribe, The Puzzling Persistence of Process-Based Theories, 89 Yale L J 1063, 1065 (1980).

(766) Id., pg. 1070.

(767) Id., pg. 1076.

(768) Tribe critica por ejemplo la teoría del consensus de Perry. Véase TRIBE, pg. 896.

(769) TRIBE, pgs. 13-14. Véase supra pg. 1 y nota 5.

(770) Id., pg. 52.

(771) Id., pg. 13.

(772) Id., pg. 51.

(773) Id., pg. 50.

(774) El mismo le llama modelo de Structural Justice. Véase id., Cap. 17, pgs. 1137-1146.

(775) Id., pg. 896.

(776) Id..

(777) Id., pg. 1

(778) Separación y División de poderes (I); Límites implícitos a la actuación pública (II); Protección de expectativas reales (III); Regularidad procedimental (IV); Derechos preferentes (V) e igualdad ante la ley (VI).

(779) TRIBE, pg. 7.

(780) Libertad de expresión (donde comenzó la teoría de las preferred freedoms), de participación política, de la libertad religiosa y de intimidad y personalidad.

(781) TRIBE, pg. 7.

(782) Véase infra pgs. 562 y ss..

(783) TRIBE, pg. 1137.

(785) Id..

(786) Id..

(787) Por eso la base metodológica de Tribe es la de los valores fundamentales sustantivos. Véase infra pg. 465.

(788) Tribe menciona un ejemplo, que estudiaremos nosotros al examinar el estructuralismo jurisprudencial, infra pg. 550; el de la comparación entre Panama Refining Co. v. Ryan, 293 US 388 (1935), donde la delegación era configurada como auténtica regla (reserva de ley) y Hampton v. Mow Sun Wong, 426 US 88 (1976), donde el hecho de que la restricción a los extranjeros fuera por parte de una agencia administrativa no configuraba una norma, sino un principio interpretativo que jugaba como presunción de que la desigualdad era ilegítima.

(789) Véase texto que acompaña a la nota 764.

(790) Wellington, Op. cit. supra nota 764, pg. 284.

(791) Véase DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (Oxford Univ. Press, 1965); HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY (Oxford Univ. Press, 1963) y Dworkin, Lord Devlin and the Enforcement of Morals, 75 Yale L J 986 (1966).

(792) No he podido manejar el libro de Perry, de reciente (o futura) aparición del que tenemos noticia por el simposio titulado Judicial Review versus Democracy, publicado monográficamente en 42 Ohio State L J n°1 (1981). La introducción al simposio habla de su futura publicación con el título, todavía no definitivo, de THE CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS: AN INQUIRY INTO THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL POLICY MAKING BY THE JUDICIARY. De todas formas Perry ha tenido ocasión de esbozar perfectamente su pensamiento en una serie de artículos a los quereferiré las citas: Abortion, the Public Morals, and the Police Power: The Ethical Function of Substantive Due Process (desde ahora Public Morals), 23 UCLA L Rev 689 (1976); Substantive Due Process Revisited: Reflections on (and beyond) Recent Cases, (desde ahora Recent Cases), 71 N W L Rev 417 (1976); The Abortion Funding Cases: A Comment on the Supreme Court's Role in American Government, (desde ahora SC's Role), 66 Geo L J 1791 (1978); e Interpretivism, Freedom of Expression, and Equal Protection (desde ahora Interpretivism), 42 Ohio St L J 261 (1981).

(793) Véanse infra pgs. 553 y ss..

(794) Perry, Interpretivism, pg. 264.

(795) Id..

(796) Id., pgs. 264-65.

(797) Id., pgs. 266, 269 y 300. Ely, sin embargo, como veremos, defiende el originalismo y el textualismo del método no-interpretativo basándolo en la 9^a enmienda y en la cláusula de privilegios o inmunidades de la 14^a.

(798) Id., pg. 265 n. 19. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980), pg. 186 n. 10.

(799) United States v. Carolene Products Co., 304 US 144, 152-53 n. 4 (1938). Véase infra pgs. 308 y supra texto que acompaña a las notas 688 y ss..

(800) 123 US 623, 661 (1887).

(801) Este caso sirvió también como fundamento a la aplicación del test de la racionalidad en el substantive due process económico. Véase supra pgs. 394 yss.

(802) Así lo denomina en Public Morals, pgs. 707 y ss., especialmente 716, y en SC's Role, pgs. 219 y ss..

(803) Perry, Public Morals, pg. 713.

(804) Id., pg. 715.

(805) Id..

(806) Id., pg. 716.

- (807) Id., pg. 717.
- (808) Id..
- (809) Id., pg. 718.
- (810) Id., pg. 716.
- (811) Id., pgs. 728-30.
- (812) Perry, SC's Role, pg. 1219.
- (813) Véase infra pgs. 667 y ss.
- (814) Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 B U L Rev 104 (1980).
- (815) Véase supra pgs. 312 y ss y 335 y ss.
- (816) Véase en Ely infra pg. 503 o en Lusky supra pg . 332.
- (817) Véase Brest, Op. cit. supra nota 814.
- (818) Véanse infra pgs. 535 y ss..
- (819) Véase infra pg. 502.
- (820) Véase supra pg. 329.
- (821) Perry, Interpretivism, pg. 298.
- (822) Id., pg. 299.

- (823) En una palabra, Perry admite la validez de las posturas originalistas puras como las de Berger o J. Rehnquist. Véase supra pgs. 328 y ss..
- (824) Perry, Public Morals, pg. 718.
- (825) Citando Moore v. City of East Cleveland, 431 US 494 (1977). Véase infra pgs. 491 y ss..
- (826) Perry, SC's Role, pg. 1226.
- (827) Véase Perry, Constitutional "Fairness": Notes on Equal Protection, 54 Va L Rev 383, 422 (1977).
- (828) Perry, SC's Role, pg. 1228.
- (829) "Los jueces son inevitablemente seres políticos". Perry, SC's Role, pg. 1233.
- (830) Id., pg. 1229.
- (831) La célebre conceptualización del TS como "un seminario de la vida nacional", que cita, como otros muchos, Perry, procede de Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 Harv L Rev 193, 208 (1952). De todas formas véase, especialmente, FUNSTON, A VITAL NATIONAL SEMINAR, THE SUPREME COURT IN AMERICAN POLITICAL LIFE (1978).
- (832) Perry, SC's Role, pgs. 1232 y ss..
- (833) Perry habla de "moral dominante o emergente". SC's Role, pg. 1232.

- (834) Véase supra pg. 329 in fine.
- (835) Perry, Recent Cases, pg. 469 (El subrayado en el original).
- (836) Tushnet se ha confesado expresamente como tal. Véase Tushnet, Truth, Justice, and the American Way: An Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies, 57 Tex L Rev 1307 (1979).
- (837) Tushnet, Dia-Tribe, 78 Mich L Rev 694 (1980).
- (838) Tushnet, Darkness in the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory, 89 Yale L J 1037 (1980).
- (839) Tushnet, Op. cit. supra nota 837, pgs. 694-95.
- (840) Me refiero naturalmente al gran filósofo del derecho John Rawls cuya THEORY OF JUSTICE (Harv Univ. Press, 1971) ha sido un auténtico "boom" entre los juristas no sólo anglosajones. Véase en España el comentario, acertado por cierto, que le dedica RODRIGUEZ PANIAGUA, HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO (4^a ed., 1980), Cap. XXXIII.
- (841) Tushnet, op. cit. supra nota 837, pg. 703.
- (842) Id., pg. 709.
- (843) Id., pg. 707.
- (844) Véase supra pgs. 473 y ss.
- (845) Tushnet, Op. cit. supra nota 837, pg. 707.

- (846) Véase especialmente White, The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change, 59 Va L Rev 279 (1973).
- (847) Tushnet, And Only Wealth Will Buy You Justice — Some Notes on the Supreme Court 1972 Term, 1974 Wisc L Rev 177, 181.
- (848) 410 US 113 (1973).
- (849) Ely, The Centrality and Limits of Motivation Analysis, 15 S Diego L Rev 1155, 1157 n. 10 (1978).
- (850) Tushnet, The Newer Property: Suggestion for the Revival of Substantive Due Process, 1975 S Ct Rev 261.
- (851) Id., pgs. 279-80.
- (852) Véanse sus obras citadas en notas 847 y 850.
- (853) Véase Tushnet, Op. cit. supra nota 837, pg. 707.
- (854) Véase Id., pgs. 697-99.
- (855) Véase id., pgs. 699-702.
- (856) 334 US 1 (1948). Véase supra pgs. 308 y ss..
- (857) Véase Tushnet, Op. cit. supra nota 837.
- (858) 351 US 12 (1956). Véase Tushnet, Op. cit. supra nota 837, pgs. 700-01. Sobre Griffin primer derecho prestacional cons-

titucionalizado en toda su extensión en Norteamérica , véase infra pgs. 905 y ss.

(859) Véase infra *Capítulo V.*

(860) Tushnet, The Dilemmas of Liberal Constitutionalism, 42 Ohio St L J 411 (1981).

(861) Tribe, Brest, Perry, Miller...etc. salvo la escuela que culminó con Wechsler y Bickel.

(862) Denomina así irónicamente a los grandes constitucionalistas del momento.

(863) Tushnet, Op. cit. supra nota 860, pg. 416.

(864) Id., pg. 424.

(865) Id., pgs. 412-14.

(866) Especialmente en Op. cit. supra nota 836.

(867) Utiliza aquí Tushnet las categorías en un sentido parecido al de Wasserstrom. Véase supra pg. 356.

(868) Tushnet, Op. cit. supra nota 860, pg. 425.

(869) Id., pgs. 425-26.

(870) Véase infra *pgs 663 y ss.*

(871) ¿Qué diferencia esencial metodológica existe entre la "Libertad Humana" de Tribe y el "Socialismo" de Tushnet? Ninguna.

(872) 431 US 494 (1977).

(873) De ahí la alusión a J. Harlan que hace J. Powell en la nota 1 a pie de página de Moore.

(874) WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (Oxford Univ. Press, 1976), pg. 346.

(875) Quizás su más célebre voto en este sentido fue su voto particular en Poe v. Ullman, 431 US 497 (1961), el primer caso relativo a la constitucionalidad de la penalización del uso de anticonceptivos por Connecticut que el TS no extró a enjuiciar en el fondo por entender que no estaba "ripe" (maduro) en una sentencia típica de J. Frankfurter. J. Harlan entró en el fondo argumentando que la tradición permitía constitucionalizar un right of privacy.

(876) 431 US 494 (1977).

(877) 442 US 584 (1979).

(878) Para un breve comentario de como en esta sentencia ni el voto mayoritario ni los particulares acertaron a plantear bien los intereses en juego, véase Burt, The Constitution of the Family, 1979 S Ct Rev 329.

(879) Perry, SC's Role, pgs. 1221 y ss..

(880) Developments, Family and the Constitution, 93 Harv L Rev 1156 (1980).

(881) 198 US 45 (1905).

- (882) Véase, por ejemplo, la defensa de la constitucionalización de Rawls y de la filosofía moral en abstracto por Michelman, In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice, 121 U Pa L Rev 962 (1973). Igualmente, proponiendo la constitucionalización de argumentos filosófico-morales, véase Richards, Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication, 11 Ga L Rev 1069 (1977).
- (883) Pierce v. Society of Sisters, 268 US 510 (1925).
- (884) Meyer v. Nebraska, 262 US 390 (1923).
- (885) La pluma libertaria de J. McReynolds hablaba de "derecho a perseguir la felicidad sin interferencias de los poderes públicos" en Meyer y de la inconstitucionalidad de la actuación de dichos poderes públicos para "standarizar a los menores de edad forzándoles a aceptar sólo la instrucción por funcionarios públicos" en Pierce.
- (886) Bruce, The Private Stock of Liquor and the Inherent Right of Self-Destruction, 20 Ill L Rev 757, 757 (1926).
- (887) Reynolds v. United States, 98 US 145 (1878).
- (888) MILL, ON LIBERTY en THREE ESSAYS (Oxford Univ. Press ed. 1975), pgs. 112 y ss..
- (889) Garvey, Unenumerated Rights-Substantive Due Process, the Ninth Amendment, and John Stuart Mill, 1971 Wisc L Rev 922-23.

- (890) Note, Limiting the States' Police Power: Judicial Reaction to John Stuart Mill, 37 U Chi L Rev 605, 613 (1970).
- (891) Perry, Recent Cases, pg. 434.
- (892) Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).
- (893) Moore v. City of East Cleveland, 431 US 494 (1977),
- (894) Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965).
- (895) Loving v. Virginia, 388 US 1 (1967) y Zablocki v. Redhail, 434 US 734 (1978).
- (896) Skinner v. Oklahoma, 316 US 535 (1942).
- (897) Boddie v. Connecticut, 401 US 371 (1971).
- (898) United States Department of Agricultura v. Moreno, 413 US 528 (1973).
- (899) Doe v. Commonwealth's Attorney of Richmond, 425 US 901 (1976) (afirmación sinrazonamiento).
- (900) Hollenbauch v. Carnegie Free Library, 439 US 1052 (1978) (no admisión del writ of certiorari para un caso de despido por cohabitación en su vida privada).
- (901) Belle Terre v. Boraas, 416 US1 (1974), Se trataba de una ordenanza urbanística que así lo estipulaba a la vez que el supuesto de hecho era el de un grupo de estudiantes de college alejados de sus familias al vivir en otra ciudad. El caso destaca por su "similitud" con Moore.

(902) Kelley v. Johnson, 425 US 138 (1976) (constitucionalidad de las ordenanzas de la policía de Nueva York). ElTS rechazó varias veces el otorgar el writ of certiorari sobre el mismo tema pero para escolares pese a estar los circuitos inferiores divididos en mitad en cuanto a la constitucionalidad de estas medidas por las autoridades escolares. Véanse Ferrell v. Dallas Independent School District 393 US 856 (1968) y Oloff v. East Side Union High School District, 404 US 1042 (1972).

(903) Véase supra pgs. 85 y ss..

(904) Véase Revin v. Alaska, 537 P 2d 494 (Alaska, 1975).

(905) People v. Fries, 42 Ill 2d 446, 250 N E 2d 149 (1969); American Motorcycle Association v. Davis, 11 Mich App 351, 158 N W 2d 72 (1968).

(906) Este aspecto creador del derecho estatal es analizado genéricamente en infra pgs. 630 y ss.

(907) TRIBE, pg. 887.

(908) Hoard^w, conversación personal.

(909) Véase supra nota 907.

(910) Véase supra nota 902.

(911) Véase, por ejemplo, Menard v. Saxbe, 498 F 2d 1017 (D C Cir., 1974) donde un tribunal de distrito obligó al FBI a suprimir los antecedentes de arresto si estos habían

sido realizados sin causa probable. Sin embargo el TS se ha mostrado muy restrictivo. Véase Laird v. Tatum, 408 US 1 (1972) supra pgs. 91 y ss. o Whalen v. Roe, 429 US 589 (1977), el primer gran encuentro del TS con el problema de los archivos computadores de datos y donde por unanimidad mantuvo la validez de una ley de Nueva York que establecía un sistema de archivo de pacientes que compraban una droga permitida en el mercado aunque peligrosa (derivados del opio y anfetaminas).

(912) Véase supra nota 892.

(913) Véase supra notas 883 y 884.

(914) Véase supra pgs. 456 yss.

(915) Toda la jurisprudencia de la cláusula de comercio no es más que la historia económica de los Estados Unidos. Nacionalismo de C.J. Marshall, federalismo "dual" de la Taney Court, liberalismo ante y post Lochner, constitucionalización del New Deal ... reflejan no sólo argumentos jurídicos sino filosofía político-económica. Hoy en día sigue siendo así. El último comentario al curso anterior del TS de la Harvard Law Review, al comentar Kassel v. Consolidated Freightways Corp., 101 S Ct 1309 (1981) señala como el Nuevo Federalismo de Reagan obedece entre otras cosas a una política de suprimir regulations que agobian a la actividad económica. Ello sólo genera nuevas (y cincuenta) regulations por los Estados por loque es el TS, a través de la dormant commerce clause quien vuelve a standarizar a nivel nacional los requisitos mínimos del concepto de mercado interestatal. Lo único que se hace, pues, es trasladar el peso desde la Administración Federal al

TS. Véase The Supreme Court 1980 Term, 95 Harv L Rev 93, 101 y ss (1981).

(916) Véase Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).

(917) Véase infra pgs. 559 y ss.

(918) Véase Reed v. Reed, 404 US 71 (1971) y su secuela de casos.

(919) Véase Furman v. Georgia, 408 US 238 (1972) y su secuela de casos.

(920) Véase infra pgs. 538 y ss..

(921) DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA, 1956 i. 280.

(922) Los debates jueces-académicos no son raros. Como ejemplo célebre puede citarse el de J. Black y Fairman relativo a la "incorporación " del Bill of Rights por los Estados. Es muy corriente, por otro lado, en las sentencias del TS encontrar la cita de obras doctrinales en notas a pie de página o incluso en los fundamentos jurídicos.

(923) Suelen asesorar en las nominaciones de miembros del TS a los Senadores o en los proyectos de ley que el propio Congreso ve como conflictivos,

(924) Wechler, a quien sobradamente conocemos ya, por ejemplo intervino, aunque no se sabe bien hasta que punto "se vió envuelto", en la campaña Impeach Warren. Véase LYTTLE, THE WARREN COURT AND ITS CRITICS (1968).

- (925) Véase, por ejemplo, la bibliografía acerca de su vida en WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (oxford Univ. Press, 1976), pgs. 390-91, notas 1, 4 y 7, así como para su influencia JACOBS, LAW WRITERS AND THE COURTS: THE INFLUENCE OF THOMAS M. COOLEY, CHRISTOPHER G. TIEDEMAN, NAD JOHN F. DILLON UPON AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (Berkeley, Cal., 1954).
- (926) WHITE, Op. cit. supra nota anterior, pg. 116.
- (927) 20 Wall 655 (1875).
- (928) Lochner v. New York, 198 US 45 (1905).
- (929) Como fenómeno curioso, y a modo ejemplificativo, puede citarse la obra de COONS, CLUNE & SUGARMAN, PRIVATE WEALTH AND PUBLIC EDUCATION (1970), escrita expresamente para exponer al Tribunal Supremo de California, y al TS, el tema de las ramificaciones de la posible inconstitucionalidad del sistema educativo basado en la financiación por impuestos locales. Véase infra
- (930) Véanse todos los laudatorios comentarios en este tercer sentido de Wellington, The Importance of Being Elegant, 42 Ohio St L J 427 (1981).
- (931) La obra, que es de 1980, fue anticipada por una serie de artículos publicados casi simultáneamente en 1978: Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility, (Interpretivism, desde ahora), 53 Ind L J 399 (1978); On Discovering Fundamental Values (Fundamental Values, desde ahora), 92 Harv L Rev 5 (1978) y Toward a Representation-

Reinforcing Mode of Judicial Review (Representation), 37 Md L Rev 451 (1978). Las citas a partir de ahora lo serán a todos ellos indistintamente. Si ELY aparece con mayúsculas la referencia lo es al libro.

(932) GARCIA DE ENTERRIA, LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Ed. Civitas, 1981), pgs. 210-20.

(933) Grey, Do We Have an Unwritten Constitution ?, 27 Stan L Rev 703, 705 (1975).

(934) ELY, pg. 11.

(935) Id..

(936) Ely, Interpretivism.

(937) Véase supra pgs. 467 y ss..

(938) Para su crítica del interpretativismo de J. Black véase supra pgs. 319-20.

(939) Ely, Fundamental Values.

(940) Ely, Representation.

(941) Especialmente Shapiro. Véase infra *pgs. 645 y ss.*

(942) Paust no lo cree así. De todas formas véase infra *661*

(943) Ely, Fundamental Values, pgs. 16-17.

(944) THE FEDERALIST, n° 78: el TS no tiene ni el poder/ejecuto-

rio ni el presupuestario (power of the sword, power of the purse) por eso es el menos peligroso (the least dangerous Branch, que diera título a la obra de BICKEL).

(945) Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 Harv L Rev 193 (1952).

(946) Dahl, Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, 6 J Pub L 279 (1957). De todas formas véase infra *pgs. 649 y ss.*

(946) bis) Eso fue lo que retrasó, por ejemplo, durante 18 años, la creación de un impuesto federal sobre la renta de las personas físicas.

(947) Karst & Horowitz, Reitman v. Mulkey: A Teleophase of Substantive Equal Protection, 1967 S Ct Rev 39, 79, citados en Ely, Fundamental Values, pg. 21.

(948) Ely, Fundamental Values, pg. 22.

(949) Id..

(950) Id., pg. 25.

(951) El término intersticial se utiliza constantemente en la filosofía del derecho anglosajona en un sentido muy parecido al de laguna legal o jurídica, aunque más amplio.

(952) Ely, Fundamental Values, pg. 27.

(953) Id., pg. 28.

- (954) Id., pg. 29.
- (955) Id., pg. 31.
- (956) Véase, además, el texto que acompaña a las notas 959 y ss..
- (957) Véase supra pgs. 304-05.
- (958) Ely, Fundamental Values, pg. 34.
- (959) Ely utiliza aquí la versión de la Razón como filosofía moral an abstracto que construyera Bickel. Véase BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS (Yale Univ. Press, 1970), pg. 87.
- (960) Aludiendo a RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Harv Univ. Press, 1971). Véase supra nota 840.
- (961) Aludiendo a NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA (1974).
- (962) Ely, Fundamental Values, pg. 37.
- (963) Id., pg. 36.
- (964) Id., pg. 37. Aunque no lo cita Ely este es el enfoque de la hoy considerada mejor obra de Historia General del Derecho Norteamericano, la de FRIEDMAN, HISTORY OF AMERICAN LAW (Simon & Schuster ed., 1973). Sí cita Ely, en cambio, a Tushnet, Op. cit. supra nota 847.
- (965) Id., pgs. 37-38.
- (966) 431 US 494 (1977). Véase supra pgs. 491 y ss..

- (967) Ely, Fundamental Values, pg. 39.
- (968) Id., pg. 42.
- (969) Véase supra pg. 278.
- (970) Véase supra pgs. 278 y ss..
- (971) Véase infra pgs. 653 y ss.
- (972) Véase infra pgs. 658 y ss.
- (973) Ely, Fundamental Values, pg. 51.
- (974) Id., pg. 52.
- (975) Id., pg. 55.
- (976) Representation-reinforcing, participation-oriented, minority protecting mode of judicial review, Ely sólo utiliza la primera y segunda parte pero el "añadido" de Gunther quizás sea todavía más expresivo. Véase GUNTHER, pg. 691.
- (977) Ely, Representation, pgs. 452-53.
- (978) Ely ya había puesto el grito en el cielo anteriormente en su crítica a la constitucionalización del aborto. Véase Ely, The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade, 82 Yale L J 920 (1973).
- (979) United States v. Carolene Products Co., 304 US 144, 152, 153 n. 4 (1938).

- (980) Véase supra pgs. 458-59.
- (981) Ely, Representation, pg. 455.
- (982) El término universal es el de invidious classification.
- (983) Ely, Representation, pg. 455.
- (984) Id., pg. 454 n. 13.
- (985) Id..
- (986) Id., pgs. 456 yss..
- (987) Ely reconoce que la Declaración de Independencia habla de Derechos Naturales, pero lo hace precisamente para reforzar la idea de que, como reza la misma, "para asegurar esos derechos se constituyen los gobiernos entre los hombres, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados", operación para Ely de positivación total de derechos.
- (988) Ely, Representation, pg. 473.
- (989) Id., pgs. 476 y ss.
- (990) Id., pg. 483.
- (991) Dred Scott v. Sandford, 19 How 393 (1857).
- (992) Lochner v. New York, 198 US 45 (1905).
- (993) Roe v. Wade, 410 US 113 (1973) no es compatible con Maher

v. Roe, 432 US 464 (1977), ni con Harris v. McRae, 448 US — (1980) añadiríamos nosotros. Los propios defensores de la teoría de los valores sustantivos admiten esta incompatibilidad. Véase por ejemplo TRIBE, pg. 933-34 n. 77.

- (994) Ely, Representation, pg. 484.
- (995) Id., pgs. 484-85.
- (996) ELY, Cap. VI.
- (997) Ely, Representation, pgs. 466-69.
- (998) Id., pg. 466.
- (999) Id..
- (1000) ELY, pgs. 149 y ss..
- (1001) Id., pg. 149.
- (1002) Id., pg. 151.
- (1003) Id., pg. 153.
- (1004) Id., pg. 161.
- (1005) ELY, pg. 105.
- (1006) Id., pg. 106.
- (1007) Id., pg. 117.

- (1008) Grano, Ely's Theory of Judicial Review: Preserving the Significance of the Political Process, 42 Ohio St L J 167, 185 (1981).
- (1009) 381 US 479 (1965). Véase supra nota 894 y el texto que la acompaña.
- (1010) 316 US 535 (1942). Véase supra nota 713 y el texto que la acompaña.
- (1011) Berger, Ely's Theory of Judicial Review, 42 Ohio St L J 87, 88 (1981).
- (1012) Véase id. y Berger, The Ninth Amendment, 66 Cornell L Rev 1 (1980). Véase supra pgs. 467 y ss..
- (1013) Véase infra pgs. 539 y ss..
- (1014) Tribe, The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, 89 Yale L J 1063, 1067 (1980).
- (1015) Id., pgs. 1068-69.
- (1016) Id., pg. 1070.
- (1017) 381 US 618 (1965). Véase supra pgs, 219 y ss..
- (1018) Regla formulada por C.J. Warren para crear criterios "judiciales" para la distribución de distritos electorales en Reynolds v. Simms, 377 US 533 (1964).
- (1019) Tribe, Op. cit. supra nota 1014, pg. 1075.

(1020) Id., pgs. 1077-79.

(1021) Por lo menos hasta el momento, La participación de Perry en el simposio acerca de la obra de Ely, véase supra nota 792, critica a Ely desde los "errores" o "fallos" del propio Ely, pero no desde la teoría del consensus.

(1022) Véase infra pgs. 653 y ss (especialmente 661 y ss).

(1023) Tushnet, Darkness in the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory, 89 Yale L J 1037, 1037-38 (1980).

(1024) Id., pg. 1045.

(1025) Id., pg. 1047.

(1026) Id..

(1027) Id..

(1028) Véase supra pgs. 485 y ss..

(1029) Kay, Preconstitutional Rules, 42 Ohio St L J 187 (1981).

(1030) Moore, Prologomenon to the Jurisprudence of Myres McDougal and Harold Lasswell, 54 Va L Rev 662, 663 n. 2 (1968).

(1031) Véase infra pgs. 525 y ss..

(1032) Linde, Due Process of Law Making, 55 Neb L Rev 197 (1976).

- (1033) Así lo ha hecho por ejemplo Michelman, Politics and Values or What's Really Wrong With Rationality Review ?, 13 Creig L Rev 487, 487 (1979), quien, además, lo califica de "uno de los más interesantes e ilustrativos de la moderna literatura constitucional".
- (1034) Véase supra pgs. 407 y ss..
- (1035) Linde, Op. cit. supra nota 1032, pg. 223.
- (1036) Id., pgs. 230-31.
- (1037) Id., pgs. 233-34.
- (1038) Véase en este sentido como el examen cuidadoso del record legislativo es un fenómeno que, cada vez más usual en la aplicación del test de la racionalidad, se va extendiendo a la interpretación y aplicación de casi todas los preceptos constitucionales en The Supreme Court 1980 Term, 95 Harv L Rev 90 (1981).
- (1039) Linde, Op. cit. supra nota 1032, pg. 251.
- (1040) Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harv L Rev 593, 607-08 (1958).
- (1041) Id., pg. 610.
- (1042) Véase supra pgs. 352 y ss.
- (1043) Recuérdese la adopción por J. Douglas de esta terminología en Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965).

- (1044) Hart, Op. cit. *supra* nota 1040, pg. 603.
- (1045) Véase H.L.A. HART, EL CONCEPTO DE DERECHO (Ed. Nacional de Méjico, 1980), pgs. 125 y ss..
- (1046) Fuller, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, 71 Harv L Rev 630, 641 (1958).
- (1047) HART, Op. cit. *supra* nota 1045, pg. 181.
- (1048) Id., pgs. 166 y ss.
- (1049) Véase *infra* pgs. 538 y ss..
- (1050) HART, Op. cit. *supra* nota 1045, pg. 133.
- (1051) Id., pg. 120.
- (1052) Véase *id.*, pgs. 120-23.
- (1053) Fuller, Op. cit. *supra* nota 1046.
- (1054) Hart, Op. cit. *supra* nota 1040.
- (1055) El ejemplo que pone Hart es el de una ordenanza que prohíbe entrar a los "vehículos" en un parque. El "core" o instancia standard sería la prohibición del paso de automóviles. El área de "penumbra" es el del paso de moto- o bicicletas y el de fuera de la "penumbra" un monumento al automóvil. Hart aplica la analítica del lenguaje: significados standares o alejados del concepto de-vehículo.

- (1056) Para Fuller, "vehículos" sólo sería comprensible en el sentido de prohibición de una acción degradadora del medio ambiente o de la seguridad peatonal. Sin saber los fines de la ley u ordenanza el análisis analítico sería tan "incierto y subjetivo que el ideal del rule of law perdería todo su sentido". Fuller, Op. cit. supra nota 1046, pg. 664.
- (1057) Id., pg. 665.
- (1058) Id., pg. 642.
- (1059) Id., pgs. 644 y ss..
- (1060) Id., pg. 645.
- (1061) FULLER, THE MORALITY OF LAW (1969), pgs. 38-39.
- (1062) Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, 92 Harv L Rev 353 (1978).
- (1063) Id., pgs. 365-66.
- (1064) Id., pg. 366.
- (1065) Id., pg. 367.
- (1066) Id., pg. 369.
- (1067) Id., pgs. 380-81.
- (1068) Id., pg. 381.

- (1069) Dworkin, Hard Cases, 88 Harv L Rev 1057 (1975).
- (1070) Id., pgs. 1083-85.
- (1071) Dworkin prácticamente recoge la definición de Wechsler. Véase id., pg. 1065.
- (1072) Compárese id., pg. 1065, con Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv L Rev 1, 16-17 (1959).
- (1073) Id., pg. 1108.
- (1074) Véase, por ejemplo, Monaghan, The Constitution Goes to Harvard, 13 Harv CR-CL L Rev 118, 127 (1978).
- (1075) El "significado" sería el equivalente a la intención original genérica de los constituyentes mientras sus "aplicaciones" concretas variarían con el tiempo. Incluso los originalistas admiten a veces esta distinción. Véase supra pg. 323.
- (1076) Véase supra pgs. 322 y ss. y 335 y ss..
- (1077) DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1978), pgs. 131 y ss.. Dworkin pone el ejemplo gráfico del padre que intenta conculcar la honestidad a sus hijos. En vez de utilizar concepciones concretas (situaciones concretas) de honestidad, ante el temor de que lo tomen en sentido literal, utiliza el concepto abstracto de honestidad para cubrir así otras posibles hipótesis que el padre no estuviera

previando o para cubrir las modificaciones que el cambio social con el transcurso del tiempo pudiera producir en la moral convencional.

- (1078) Sobre el 'concepto' y 'concepción' de Dworkin véase, en España, GARCIA DE ENTERRIA, Op. cit. supra nota 932, pgs. 226-29.
- (1079) Linkletter v. Walker, 381 US 618 (1965). Véase supra pgs. 219 y ss..
- (1080) La fellow-servant rule implicaba que el accidente laboral no era indemnizable por la empresa si concurría cualquier género de culpa por parte de otro trabajador. Acerca de su proceso de implantación como doctrina del common law y su overruling progresivo por los tribunales (cuando no por la legislación) véase FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW (Simon & Schuster ed., 1973) pgs. 262-64, 413-14, 422-25 y 587.
- (1081) Dworkin, Op. cit. supra nota 1069, pg. 1078.
- (1082) Dworkin, The Model of Rules, 35 U Chi L Rev 14, 22 y ss. (1967).
- (1083) Perry, Interpretivism, pg. 298.
- (1084) Kay, Preconstitutional Rules, 42 Ohio St L J 187 (1981).
- (1085) Id., pg. 188.
- (1086) Id..

- (1087) Id., pgs. 189-90.
- (1088) Id., pg. 193.
- (1089) Id., pg. 195.
- (1090) Véase supra pg. 311. Porcierto, lo siguen haciendo.
- (1091) Kay cita como ejemplos a J.J. Harlan y Frankfurter.
- (1092) Kay, Op. cit. supra nota 1084, pg. 204.
- (1093) Véase, por ejemplo, la crítica de Pritchett; "Los científicos políticos que tanto han hecho para resaltar lo político de la political jurisprudence deben sin embargo poner más énfasis en qué es "jurisprudencia". Se juzga en un contexto político, pero se juzga; y juzgar es algo distinto de legislar y administrar...". Pritchett, The Development of Judicial Research, en THE FRONTIERS OF JUDICIAL RESEARCH (1969), pg. 42.
- (1094) BRIGHAM, CONSTITUTIONAL LANGUAGE, AN INTERPRETATION OF JUDICIAL DECISION (1978).
- (1095) Id., pgs. 14 y ss. y 54 a 71.
- (1096) Id., pg. 5.
- (1097) Id., pg. 10.
- (1098) Véase supra pgs. 525 y ss..

- (1099) Un ejemplo clásico podría ser el de las derivaciones del término comercio a efectos de la aplicación de la cláusula del mismo nombre desde la primera sentencia que lo delimitó, Gibbons v. Ogden, 9 Wheat 1 (1824) hasta la variada complejidad de estructuras abarcadas en la época justamente anterior a 1937. Véase un resumido estudio del conjunto de interpretaciones en NOWAK et al.
- (1100) 163 US 537 (1896).
- (1101) BRIGHAM, Op. cit. supra nota 1094, pg. 100.
- (1102) Tardó para ello, como es sabido, setenta y dos años.
- (1103) Warren & Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv L Rev 193 (1890)
- (1104) Olmstead v. United States, 277 US 438 (1928).
- (1105) Quizás estaría mejor traducido como "el derecho a que le dejen a uno en paz".
- (1106) Goldman v. United States, 316 US 129 (1942)
- (1107) Wolf v. Colorado, 338 US 25 (1949).
- (1108) 381 US 479 (1965).
- (1109) Véase supra nota 1043 y el texto que la acompaña.
- (1110) 410 US 113 (1973).

- (1111) 405 US 438 (1972).
- (1112) BRIGHAM, Op. cit. supra nota 1094, pg. 150.
- (1113) 410 US 113, 153 (1973).
- (1114) Cuna de todo estructuralismo como es sabido.
- (1115) BRIGHAM, Op. cit. supra nota 1094, pgs. 159 y ss..
- (1116) Id., pg. 137, citando a ALLEN et al., COMMUNICATION SCIENCES AND THE LAW (1965).
- (1117) C. BLACK, STRUCTURE AND RELATIONSHIP IN CONSTITUTIONAL LAW (Louisiana St. Univ. Press, 1969).
- (1118) Id., pg. 7.
- (1119) Id., pg. 11.
- (1120) Véase infra pgs. 562 y ss..
- (1121) "The neglected method", le llama el propio C. Black, Op. cit. supra nota 1117, Cap. I.
- (1122) "Las potestades no delegadas en los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidas a los Estados, pertenecen respectivamente a los Estados o al Pueblo".
- (1123) 4 Wheat 316 (1819).
- (1124) Art. I, Sección 8ª, último párrafo.

(1125) Véase supra pgs. 362 y ss.

(1126) Op. cit. supra nota 1117; pg. 14.

(1127) Véase infra pgs. 577 y ss.

(1128) Véanse, por ejemplo, Hughes v. Alexandria, 426 US 794 (1976), y Reeves Inc. v. Stake, 447 US — (1980), infra pgs. (no sujeción de la intervención económica estatal directa a las reglas de economía de mercado común como parámetro de interpretación de la cláusula de comercio).

(1129) 426 US 833 (1976).

(1130) Sobre otros aspectos de este caso, como constitucionalizador de servicios públicos, véase infra pgs. 912 y ss.

(1131) 293 US 388 (1935).

(1132) El mejor estudio de la teoría de la delegation lo constituyen en general todas las diversas obras de Jaffe, el administrativista que a ella ha dedicado grandes artículos y gran parte de su tratado de Derecho Administrativo.

(1133) Véase en este sentido BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (Bobbs-Merrill ed., 1962), pgs. 160 y ss.

(1134) 354 US 178 (1957).

(1135) Véase infra pgs. 920 y ss.

- (1135 bis) Véase en el mismo sentido GROSSMAN & WELLS, CONSTITUTIONAL LAW AND JUDICIAL POLICY MAKING (2^a ed., 1979), pg. 1228.
- (1136) 424 US 1 (1976). Per curiam.
- (1137) Véase el análisis de dicha jurisprudencia en GUNTHER, pgs. 1481 y ss..
- (1137 bis) Véase art. II, Sección 2, cláusula 2 d la Constitución.
- (1138) 426 US 88 (1976).
- (1139) Voto particular formulado por J. Rehnquist, al que se unieron C.J. Burger y J.J. White y Blackmun.
- (1140) Sobre el aspecto de procedural due process de esta sentencia véase infra 944 y ss.
- (1141) J. Goldberg, en la década de los sesenta, constante se había opuesto a la denegación de writs of certiorari del Tribunal Warren que se negó en rotundo a meterse en el tema de la pena de muerte. Esta es otra de las grandes innovaciones "activistas" del Tribunal Burger.
- (1142) 408 US 238 (1972).
- (1143) BICKEL, Op. cit. supra nota 1133, pg. 160.
- (1144) Véase en general el estupendo trabajo de Amsterdam, The

void for vagueness Doctrine in the Supreme Court, 109
U Pa L Rev 67 (1960) y supra pgs. 200 y ss..

(1145) Véase ~~supra~~ supra pgs. 91-92 e infra pgs. ~~718~~ 717 y ss.

(1146) 377 US 360 (1964).

(1147) El tema está ligado al de la "overbreath doctrine". Véase supra pgs. 195 y ss..

(1148) Véase un caso reciente en supra pg. 250 n. 91.

(1149) University of California Regents v. Bakke, 438 US 265 (1978).

(1150) 347 US 483 (1954).

(1151) Bakke, supra nota 1149; United Jewish Organizations v. Carey, 430 US 144 (1977); United Steelworkers v. Weber, 443 US 193 (1979); Fullilove v. Klutznick, 448 US — (1980).

(1152) Constituye un típico ejemplo de como el Tribunal Burger en realidad se está enfrentando a temas mucho más difíciles de adjudicar que el Tribunal Warren. En este sentido véase Howard, The Burger Court: A Judicial Nonet Plays the Enigma Variations, 43 L & Cont Prob 7 (1980).

(1153) En Estados Unidos se emplean indistintamente los términos affirmative action, benign discrimination y reverse discrimination.

(1154) 430 US 144 (1977).

(1155) Por cierto, la discriminación benigna por razón de sexo ha tenido muchísimos menos problemas a la hora de ser declarada inconstitucional salvo algunas excepciones entre las que destaca Rostker v. Goldberg, 101 S Ct 2646 (1981) relativa al servicio militar. Véase en general el que quiera conocer una ya extensa jurisprudencia GUNTHER, pps. 791-800.

(1156) Voto formulado por J. White al que se unió totalmente J. Stevens y parcialmente J.J. Brennan, Blackmun y Rehnquist.

(1158) C.J. Burger y J.J. Stewart, Rehnquist y Stevens.

(1159) No era en realidad standing (legitimación) sino ausencia de cause of action (accionabilidad directa frente a una ley, que es una teoría distinta aunque tradicional en el derecho anglosajón).

(1160) Véase supra pg. 350 n. 301.

(1161) J.J. Brennan, Marshall, White y Blackmun.

(1162) J. Powell pareció poner como modelo (citándolo expresamente) el programa para minorías para la Universidad de Harvard en que toma la raza como factor pero dice no reservar cuota o porcentaje para ellas. Sin embargo cuando se comprueba que el citado programa ha dado sistemáticamente como resultado la admisión de un 8 % de minorías

se ha puesto de relieve que en realidad Bakke favorecía el cinismo.

(1163) 443 US 193 (1979).

(1164) El TS había eludido el tema en una clásica sentencia de mootness en 1974 en el caso De Funis. Véase supra pg. 90.

(1165) 448 US — (1980).

(1166) Negros, hispánicos, orientales, indios, esquimales y aleutianos.

(1167) En su conjunto, aunque por razones distintas, votaron afirmativamente C.J. Burger, y J.J. Brennan, White, Marshall y Powell y en contra J.J. Stewart, Rehnquist y Stevens .

(1168) Naturalmente, J.J. Brennan, White y Marshall, al haber admitido la constitucionalidad del programa de Bakke, no basaron en este hecho la sentencia.

(1169) En realidad, en el Bill of Rights, sólo la enmienda n° 13.

(1170) Véanse, como casos prototípicos, los Civil Rights Cases, 109 US 3 (1883), donde se sentó la doctrina de que la enmienda 14 no alcanzaba a los particulares, de donde se deriva la tesis general de la necesidad de que los actos o disposiciones lo sean de los poderes públicos, y, como recorte principal de esa tesis, Marsh v. Alabama, 326 US 501 (1946),

admitiendo la revisión de los actos de personas privadas cuando de algún modo ejercitan funciones públicas (lo que en España claramente denominamos delegación) como cuando se trata de promotores urbanísticos privados; los llamados White Primary Cases: Nixon v. Herndon, 237 US 536 (1927), Nixon v. Condon, 286 US 73 (1932) y, sobre todo, Smith v. Allwright, 321 US 649 (1944) y Terry v. Adams, 345 US 461 (1953), admitiendo la inconstitucionalidad de discriminaciones en el seno de partidos políticos a efectos electorales (en elecciones pre-primarias y por tanto formalmente de ámbito intrapartidista); Sheley v. Kraemer, 334 US 1 (1948) que ya conocemos de sobra; Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 US 715 (1961), apreciando el carácter público de los actos de una persona particular que ofrece servicios al público en un edificio público (restaurante en un parking público) y Reitman v. Mulkey, 387 US 369 (1967) infra pgs. 560 y ss..

- (1171) La Civil Rights Act de 1964, por ejemplo, alcanza acciones privadas y está amparada en la cláusula de comercio (por el temor a que el TS la anulara si se invocaba la Sección 5 de la enmienda 14).
- (1172) 334 US 1 (1948).
- (1173) Véase, por ejemplo, ~~supra~~ pgs. 308 y ss..
- (1174) Así parece sugerirlo entre líneas C. BLACK, Op. cit. supra nota 1117, pgs. 30 y 49.
- (1175) 387 US 369 (1967). Véase infra 914 y ss.

- (1176) De hecho en la legislatura californiana había resultado imposible derogar la Rumford Fair Housing Act y ~~probablemente~~ volverían a ser inútiles estos intentos después de Reitman. La apelación al electorado en el caso de la Proposición 14 sirvió precisamente para eludir la soberanía parlamentaria por el juego de las fórmulas de democracia directa.
- (1177) Karst & Horowitz, Reitman v. Mulkey: A Teleophase of Substantive Equal Protection, 1967 S Ct Rev 39, 51.
- (1178) Véase TRIBE, pgs. 1147-74.
- (1179) Véase supra nota 1177.
- (1180) Hasta el mismo C. Black, quien resucitó el método, se daba cuenta de que había casi desaparecido de la jurisprudencia. Véase supra nota 1121.
- (1181) Es decir, la llamada school of reasoned elaboration. Véase supra nota 92.
- (1182) Louisiana State Univ. Press ed., 1969.
- (1183) Desde Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).
- (1184) Naturalmente ello fue lo que motivó la moderna revisión de toda la jurisprudencia de los valores, revisión ya examinada.
- (1185) Véase supra pg. 475 yss..

- (1186) Véase Grey, Do We Have an Unwritten Constitution ?, 27 Stan L Rev 703, 706 n. 9 (1975).
- (1187) Véase Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 B U L Rev 204, 218 (1980).
- (1188) TRIBE, p. 1140 n. 13.
- (1189) Blasi, Creativity and Legitimacy in Constitutional Law, Book Review, 80 Yale L J 176, 182 (1970).
- (1190) Concuerda con mi enumeración (paradójicamente muy difícil de "inferir" de la obra de Black por su falta de sistemática) la de Blasi, Op. cit. supra nota anterior.
- (1191) Cláusula de supremacía del derecho federal.
- (1192) Sistema representativo de la House of Representatives.
- (1193) Cláusula de garantía de la Republican Form of Government.
- (1194) Principio de proporcionalidad en la elección de los miembros de la cámara baja.
- (1195) Igualdad en el derecho de voto, elecciones para el Senado, igualdad por razón de sexo en el sufragio y derechos electorales en las elecciones primarias.
- (1196) Cláusulas de competencias genéricas habilitantes de la actuación de la Federación y regulación del poder judicial.

- (1197) Véase nota anterior. Atribuciones al Congreso Federal de poderes económicos concretos.
- (1198) Cláusula de privilegios e inmunidades y principio de jurisdicción sobre el delincuente o demandado huído; cláusula de supremacía del derecho federal y la enmienda 14 que ya conocemos sobradamente (cláusula de privilegios e inmunidades, de igualdad y de due process).
- (1199) Véase nota anterior.
- (1200) Competencia federal de la regulación de la nacionalidad. Véase nota 1198.
- (1201) C. BLACK, Op. cit. supra nota 1117, pg. 23.
- (1202) Blasi, Op. cit. supra nota 1189.
- (1203) Véase C.Black, Op. cit. supra nota 1117, pg. 72.
- (1204) Blasi, Op. cit. supra nota 1189, pg. 186.
- (1205) Id., pg. 187.
- (1206) Esa sería la principal posición de todos los que en Norteamérica se autodenominan marxistas, entre ellos Tushnet, pues allí prácticamente se identifican por defender o no el cambio de estructuras globales aunque tampoco tienen muy claro que deba entenderse por tal o, al menos, no hay consenso acerca de ello.
- (1207) Blasi, Op. cit. supra nota 1189, pg. 192.

- (1208) Id., pg. 191.
- (1209) Probablemente el estructuralismo de C. Black tenía ciertas dosis de pauta previsible que fuera a seguir el TS siempre que no hubiera cambiado su composición.
- (1210) Henkin, Infalibility Under Law: Constitutional Balancing, 78 Col L Rev 1022 (1978).
- (1211) Véase supra nota 348 y el texto que la acompaña.
- (1212) En este sentido lo utiliza, por ejemplo, DUCAT, MODES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (Wst. Pub. Co., 1978), pgs. 116-192.
- (1213) Véase supra pgs. 316 y ss..
- (1214) Konisberg v. State Bar, 366 US 36, 61 (Voto particular de J. Black).
- (1215) Véase supra pgs. 453 y ss..
- (1216) Véase supra pgs. 452 y ss..
- (1217) United States v. Nixon, 418 US 683 (1974).
- (1218) La creación en sí misma de un ámbito de poder confidencial del Ejecutivo tiene el carácter de argumento estructural al basarse sólo en la separación de poderes. El balancing es el método a aplicar en el futuro para delimitar más exactamente caso por caso ese ámbito.

- (1219) Véase supra nota 1217.
- (1220) 433 US 425 (1977).
- (1221) Véase el inteligente comentario a ambos casos de DUCAT, Op. cit supra nota 1212, pgs. 136-145.
- (1222) Véase como ejemplo de esta duda GUNTHER, pg. 445.
- (1223) Infra Cap. V.
- (1224) Goldberg v. Kelly, 397 US 254 (1970).
- (1225) Véase infra *pgs. 933 y ss.*
- (1226) 425 US 319 (1976).
- (1227) Véanse los casos mencionados en GUNTHER, pg. 669 n. 2. Memphis Light, Gas & Water Division v. Kraft, 436 US 1 (1978), por ejemplo, infra pg. fue resuelto así.
- (1228) Véase supra pgs, 439 y ss.. Fue incorporada al ordenamiento de los Estados en Chicago B & Q Railroads v. Chicago, 166 US 226 (1897) y Missouri Pacific Railway v. Nebraska, 164 US 403 (1896).
- (1229) 260 US 293 (1922).
- (1230) Pese a ello son rarísimos los casos en que el TS ha reconocido el derecho a la indemnización ya que en general jugaba la tendencia tan típica del TS desde 1937 a deferir

al TS las normas económico-sociales. Puede verse un caso reciente en Agin v. City of Tiburon, 447 US —(1980), donde el TS reconoció que si la privación se debe a una ordenanza urbanística es prácticamente imposible que se trate de una expropiación. Muchos han interpretado este caso como conteniendo el mensaje implícito del TS de que no se le inoportune con temas urbanísticos.

(1231) 438 US 104 (1978).

(1232) Principalmente la tradicional constitucionalidad de las normas urbanísticas y la de las normas que favorecen notablemente el interés público a la vez que era un dato primordial la transferibilidad de parcelas colindantes del volumen primitivamente edificable.

(1233) Véase texto que acompaña a la nota 1229.

(1234) Voto al que se unieron C.J. Burger y J. Stevens.

(1235) 9 Wheat 1 (1824). Otra de las grandes sentencias de C.J. Marshall.

(1236) Véase, por ejemplo, en cuanto a la terminología, The Supreme Court 1980 Term, 95 Harv L Rev 91, 97 (1981), donde a esta aplicación de la cláusula de comercio, que siempre será discutida, se la denomina indistintamente dormant o negative.

(1237) 397 US 137 (1970).

(1238) 434 US 429 (1978). La sentencia fue redactada por J. Powell.

(1239) 101 S Ct 1039 (1981).

(1240) 340 US 349 (1951).

(1241) 426 US 794 (1976).

(1242) 447 US — (1980).

(1243) Véase supra pgs. 367 y ss..

(1244) Véase Rostker v. Goldberg, 101 S Ct 2646 (1981).

(1245) Korematsu v. United States, 323 US 214 (1944).

(1246) Véase supra pgs. 452 y ss..

(1247) Véase supra pgs. 216 y ss..

(1248) 101 S Ct 1164 (1981).

(1249) En Harris v. McRae, 448 US — (1980), por ejemplo toda la argumentación del voto mayoritario se esforzaba simplemente en reconducir la ley examinada a la categoría de legislación económico-social y, por ende, al test de la racionalidad y, por ello, a su constitucionalidad.

(1250) Véase supra pgs. 450 y ss..

(1251) Véase supra pgs. 458 y ss..

(1252) Véase supra pg. 518.

- (1253) Véase supra pgs. 316 y ss..En concreto enfrentó a J. Black con J.J. Harlan y Frankfurter.
- (1254) Véase en concreto el debate entre Frantz y Mendelson: Frantz, The First Amendment in the Balance, 71 Yale L J 1424 (1962); Mendelson, On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance, 50 Cal L Rev 821 (1962); Fratz, Is the First Amendment Law ? A Reply to Professor Mendelson, 51 Cal L Rev 729 (1963); Mendelson, The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mister Mantz, 17 Vand L Rev 479 (1964).
- (1255) 366 US 36 (1961).
- (1256) Véase , para el estudio de las reacciones políticas y sociales que suscitó la primera jurisprudencia del Tribunal Warren recortadora de las potestades del Comité del Senado para Actividades No-Americanas, LYTTLE, THE WARREN COURT AND ITS CRITICS (1968).
- (1257) Un estudio del balancing concreto empleado por el TS en uno de los casos más importantes, Barenblatt v. United States, 360 US 109 (1959), puede verse en DUCAT, Op. cit. supra nota 1212, pgs. 156 y ss..
- (1258) Véase, sobre todo, Board of Education v. Barnette, 319 US 624 (1943) donde el TS sostuvo que no podía obligarse en los colegios a saludar a la bandera si se alegaban escrúpulos religiosos.
- (1259) United States v. O'Brien, 391 US 367 (1968); Tinker v.

Des Moines School District, 393 US 503 (1969) y Street v. New York, 394 US 576 (1969).

- (1260) Fue decidida por 5 a 4 siendo los disidentes C.J. Warren y J.J. Black, White y Fortas.
- (1261) En concreto podían ser los siguientes según J. Harlan:
"(1) un interés en disuadir a los individuos de que induzcan con sus palabras a otros a cometer actos ilegales; (2) un interés en prevenir que un individuo pueda pronunciar palabras tan inflamatorias que provoquen la violencia física contra él mismo; (3) un interés en proteger la sensibilidad de los que puedan oírle y (4) un interés en que los individuos muestren el debido respeto por los símbolos nacionales".
- (1262) Véase, por ejemplo, GUNTHER, pgs. 1318-19.
- (1263) De hecho, como dijo T. Blackmun en New York Times v. United States, 403 US 713, 761 (1971), "el absolutismo en la aplicación de la primera enmienda nunca ha contado con un apoyo mayoritario en este Tribunal".
- (1264) Ely, Flag Desecration: A Case Study in the Role of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis, 88 Harv L Rev 1482 (1975).
- (1265) Id., pgs. 1491 y 1496.
- (1266) 418 US 405 (1974). Per Curiam.
- (1267) Ely, Op. cit. supra nota 1264, pg. 1500.

(1268) Id., pg. 1501.

(1269) La ley del Estado de Washington prohibía la exhibición de la bandera con la sobreimpresión de cualquier marca, señal, dibujo o anuncio comercial".

(1270) Con los votos particulares de C.J. Burger y J.J. Rehnquist y White.

(1271) A veces la contradicción se puede producir también entre dos cláusulas del mismo artículo o enmienda o incluso en el seno de la misma cláusula. Ejemplo de lo primero puede ser Sherbert v. Verner, 374 US 298 (1963), donde el TS decidió declarar inconstitucional la denegación de prestación de desempleo a un trabajador que por motivos religiosos no aceptó un trabajo al que tenía que asistir los sábados (prima la cláusula de libertad religiosa sobre la de aconfesionalidad aunque ambas estén en la primera enmienda). Ejemplo de lo segundo puede ser C.B.S. v. Democratic National Commission, 412 US 94 (1973), donde prima la libertad de difusión del medio sobre el de acceso a dicho medio por asociaciones políticas (aunque ambos están protegidos por la cláusula de libertad de expresión).

(1272) Henkin, Op. cit. supra nota 1210, pg. 1031.

(1273) Véase infra *Capítulo V.*

(1274) Véase mi trabajo Los welfare rights y el control parlamentario del gasto público: dos principios constitucionales en pugna, de próxima aparición en el nº 4 de la Revista Española de Derecho Constitucional.

(1275) Véase supra notas 1255 a 1257 y el texto que las acompaña.

(1276) Antieau, The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W L Rev 823,837-38 (1977).

(1277) Pound, A Survey of Social Interests, 57 Harv L Rev 1,2 (1943).

(1278) Véase, muy claramente en este sentido, el voto particular de J. Black en Barenblatt v. United States, 360 US 109, 144 (1959), uno de los típicos de la marcha atrás del Tribunal Warren frente a los "procesos" por actividades subversivas llevados a cabo por el Comité del Senado para Actividades No-Americanas, donde J. Black acusó a la mayoría precisamente de hacer esto.

(1279) HAND, THE SPIRIT OF LIBERTY (1952), pg. 161.

(1280) Antieau, Op. cit. supra nota 1276, pg. 835.

(1281) 15 Or App 618, 517 P 2d 691 (1973).

(1282) Se trata del caso Philadelphia v. New Jersey, 437 US 617 (1978) en que se anuló una ley de New Jersey que impedía que se trajeran basuras de otros Estados a un gigantesco depósito acondicionado por ese Estado para tratar de eliminarlas. Realmente es dudoso que si este caso hubiera sido anterior al enjuiciado en Oregon el Tribunal Supremo de este Estado se hubiera atrevido a sostener la validez de la ley de Oregon.

- (1283) Véase, en este sentido, Antieau, Op. cit. supra nota 1276, pgs. 825-36.
- (1284) Pound, 3 Jurisprudence 334 (1959), citado en DUCAT, Op. cit supra nota 1212, pg. 180.
- (1285) Véase RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Harv Univ. Press, 1971) Sección 7.
- (1286) Véase DUCAT, Op. cit. supra nota 1212, pgs. 184-87.
- (1287) Véase, como modelo de confusión de ambos, Antieau, Op. cit. supra nota 1276 y, como modelo de distinción, Henkin, Op. cit. supra nota 1210.
- (1288) Véase supra pgs. 449 y ss..
- (1289) Véase infra *pgs. 737 y ss.*
- (1290) Véase infra *pgs. 912 y ss.*
- (1291) Véase supra pgs. 453 y ss..
- (1292) Grey, Do We Have an Unwritten Constitution ?, 27 Stan L Rev 703 (1975).
- (1293) Grey, Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought, 30 Stan L Rev 843 (1978).
- (1294) Véase, por todos, A.E.DICK HOWARD, THE ROAD FROM RUNNYMEDE (Univ. Press of Va., 1968), sin duda el mejor estudio del entronque del Derecho Constitucional, federal y estatal, norteamericano con el Derecho Constitucional Inglés.

(1295) 1 Cranch 137 (1803).

(1296) Por eso la obra citada en supra nota 1293 persigue los argumentos revolucionarios sólo hasta el final de la guerra.

(1297) Kurland, Magna Charta Constitutionalism in the United States: "The Noble Lie", en THE GREAT CHARTER, FOUR ESSAYS ON MAGNA CHARTA AND THE HISTORY OF OUR LIBERTY (Random House ed., 1965), pg. 51.

(1298) Utilizo la versión originaria de 1215, no la resumida de Eduardo I de 1297.

(1299) Véase el comentario a la Magna Charta hecho por Howard en MAGNA CHARTA, TEXT AND COMMENTARY (Univ. Press of Va., 1964).

(1300) Beveridge, III THE LIFE OF JOHN MARSHALL 142, citado en HOWARD, Op. cit. supra nota 1294, pg. 227.

(1301) Id..No entramos en el debate de hasta que punto Marbury recogía una tradición o fue creación ex novo. Véase una exposición resumida en NOWAK et al., pgs. 11-14. El precedente más citado siempre fue Dr. Bonham's Case (véase supra nota 540).

(1302) Kurland, Op. cit. supra nota 1297, pgs. 51-52.

(1303) GRANT, OUR COMMON LAW CONSTITUTION (Boston Univ. Press, 1960), pgs. 17-18.

(1304) BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1977), pg. 398.

- (1305) United States v. Burr, 25 F Cas (No 14, 693) 55, 159 (C C Va, 1807).
- (1306) 372 US 293, 311 (1963).
- (1307) Véase, por ejemplo, BERGER, Op. cit. supra nota 1304.
- (1308) Véase infra pgs. 726 y ss.
- (1309) Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87, 132 (1810); Cummings v. Missouri, 4 Wall 277, 323 (1867).
- (1310) 328 US 303, 315 (1946).
- (1311) Véase una lista de las concretas aplicaciones hechas por el TS en TRIBE, pg. 485.
- (1312) Véase BERGER, Op. cit. supra nota 1304, pg. 371 n. 39 in fine.
- (1313) Véase TRIBE, pgs. 477-82.
- (1314) Véase id., pgs. 483-84.
- (1315) Véase supra pg. 173 nota 383.
- (1316) Véase TRIBE, pg. 217.
- (1317) Véase HOWARD, Op. cit. supra nota 1294, pg. 284.
- (1318) Véase Klopfer v. North Carolina, 386 US 213 (1967) donde el TS extendió la aplicación de la citada cláusula de la enmienda n° 6 a los Estados a través del due process dela 14.

- (1319) Véanse Griffin v. Illinois, 351 US 12 (1956) y su secuela de casos.
- (1320) Véase HOWARD, Op. cit. supra nota 1294, pgs. 290 y 297.
- (1321) De finales del siglo XVIII, la segunda, entre 1850 y 1880, obedeció a la necesidad básica de corregir los abusos de los parlamentos estatales. Fue a partir de entonces cuando el "judicial review" realmente se expandió en el ámbito estatal en los Estados Unidos. Véase FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW (1973), pgs. 302-318.
- (1322) HOWARD, Op. cit. supra nota 1294, pg. 15.
- (1323) 18 How 272 (1855).
- (1324) Véase Kurland, Op. cit. supra nota 1297, pg. 61. J. Curtis, naturalmente, redactó el voto mayoritario en Murray's.
- (1325) El caso planteaba la validez de una venta de propiedad por el Secretario del Tesoro amparada en un warrant cuya emisión había sido autorizada por legislación del Congreso del año 1820.
- (1326) 18 How 272, 276-77 (1855).
- (1327) HOWARD, Op. cit. supra nota 1294, pg. 351. Kurland, Op. cit. supra nota 1297, pg. 63.
- (1328) Véase Davidson v. New Orleans, 96 US 97 (1877) y su interpretación por HOWARD y Kurland en id., nota 1327. Me refiero al due process que se repitió en la enmienda 14.

- (1329) 94 US 113, 123-25 (1876).
- (1330) Véase SCHWARTZ, LOS DIEZ MEJORES JUECES DE LA HISTORIA NORTEAMERICANA (Ed. Civitas 1980), pgs. 50-51.
- (1331) Véase supra pgs. 430 y ss..
- (1332) Véase supra pg. 430.
- (1333) Véase supra pg. 17.
- (1334) 110 US 516 (1886).
- (1335) Id., pg. 529.
- (1336) Véase Howard, Op. cit. supra nota 1294, pgs. 353-55.
- (1337) 110 US 516, 531 (1886).
- (1338) Véase supra pgs. 439 y ss..
- (1339) 391 US 145 (1968).
- (1340) Véase una lista esquemática de los casos y materias incorporadores en CHASE & DUCAT, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (West Pub. Co., 1974), pgs. 915-16.
- (1341) Mapp v. Ohio, 367 US 643 (1961).
- (1342) Kurland, Op. cit. supra nota 1297, pg. 69.
- (1343) Pound, Liberty of Contract, 18 Yale L J 454 (1909).

- (1344) Se quejaba precisamente de la doctrina judicial consistente en que sólo las incapacidades del common law (edad, locura,... etc.)podían tener reconocimiento legal a la hora de limitar el principio de la libertad contractual. No, desde luego, la condición económico-social. Pound, Op. cit. supra nota anterior, pg. 467.
- (1345) Id., pg. 466.
- (1346) Véase, por ejemplo, Kurland, Op. cit. supra nota 1297, pgs. 70-71.
- (1347) Griswold v. Connecticut, 381 US 479 (1965).
- (1348) Id.,
- (1349) Véase supra pgs. 463 y ss..
- (1350) Véase supra pg. 464.
- (1351) 277 US 438, 478 (1928).
- (1352) Warren & Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv L Rev 193 (1890).
- (1353) La relación Brandeis-right to privacy-common law ha sido resaltada por NOWAK et al., pgs. 623-24.. Véase igualmente la relación de BRIGHAM, supra pg. 544.
- (1354) 367 US 497 (1961).
- (1355) Véase el acertado comentario sobre este punto de ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962), pgs. 143-48.

- (1356) CHASE & DUCAT, Op. cit. supra nota 1340, pg. 920.
- (1357) Véase, por ejemplo, Apodaca v. Oregon, 406 US 404 (1972) en donde el TS en una extraña decisión 4-1-4 decidió que la necesidad de veredictos unánimes de los jurados no se aplicaba a los Estados. Cuatro jueces votaron en contra de la exigencia de unanimidad y otros cuatro a favor. J. Powell los admitió para el Gobierno Federal pero no para los Estados.
- (1358) Véase, por ejemplo, el índice de materias de WHITEBREAD, CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURE (American Academy of Judicial Education ed., 1978).
- (1359) 232 US 383 (1914).
- (1360) 232 US 383, 392 (1914).
- (1361) 397 US 742, 752-53 (1970).
- (1362) 404 US 257, 260 (1971).
- (1363) Es decir, de la negociación entre el prodecurator y el acusado de una confesión ante el tribunal como culpable, no culpable o nolo contendere. Naturalmente, con beneficios para ambos. Sobre cuando se aplica en la realidad véase HEUMANN, PLEA BARGAINING: THE EXPERIENCE OF PROSECUTORS, JUDGES, AND DEFENSE ATTORNEYS (Univ. of Chi. Press, 1978).
- (1364) Véase CHASE & DUCAT, Op. cit. supra nota 1340, pg. 919. Por cierto, tan es considerado un principio constitucional, paralelo por ejemplo en importancia al principio fe-

deral, que ha habido una gran eclsión de estudios sociológicos que pretenden haber demostrado (a mi juicio sin éxito alguno por la metodología empleada, pese a que casi todos los dan por válidos) la mayor justicia y favorecimiento de averiguación de la verdad de lo ocurrido en dichos sistemas. Véase Lind, Walker & Thibaut, Discovery and Presentation of Evidence in Adversary and Nonadversary Proceedings, 71 Mich L Rev 1129 (1973) y la bibliografía recogida en FRIEDMAN & MACAULAY, LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES (Bobbs-Merrill ed., 2^a ed. 1977), pgs. 895-6.

(1365) 384 US 436 (1966).

(1366) 365 US 534 (1961).

(1367) Id., pg. 540.

(1368) 420 US 103 (1975).

(1369) Véase WHITEBREAD, Op. cit. supra nota 1358, pg. 381.

(1370) 437 US 28 (1978).

(1371) United States v. Ball, 163 US 662, 669 (1896).

(1372) United States v. Jorn, 400 US 470 (1971).

(1373) Downum v. United States, 372 US 734 (1963).

(1374) Illinois v. Somerville, 410 US 458 (1973).

(1375) WHITEBREAD, Op. cit. supra nota 1358, pg. 47 del suplemento de 1979.

(1376) 437 US 28,36 (1978).

(1377) Véanse notas 1348 y ss. y el texto que las acompaña.

(1378) 391 US 145 (1968).

(1379) "Inventada", como vimos, en Weeks v. United States, 232 US 383 (1914). Véase el texto que acompaña a la nota 1359. Se incorporó a los Estados en Mapp v. Ohio, 367 US 643 (1961). Según Duncan, pues, la regla ha adquirido ahora el status de principio básico de common law.

(1380) Griffin v. California, 380 US 609 (1965).

(1381) Véase infra notas 1383-84 y el texto que les acompaña.

(1382) Véase infra apartado (f).

(1383) Véase GUNTHER, pgs. 646-669; Para el proceso civil, véanse los casos citados en id., pg. 668 n. 3.

(1384)

(1384) Véase supra pgs. 568 y ss..

(1385) Véase la discusión acerca de si los requisitos procedimentales en las sanciones "académicas" deben ser o no mayores que en las "disciplinarias" en Board of Curators of the University of Mo. v. Horowitz, 435 US 78 (1978).

(1386) GUNTHER, pg. 646.

(1387) Véase Goss v. Lopez, 419 US 565 (1975).

(1388) Hoy se exige el principio de audiencia para la terminación de determinados beneficios de la seguridad social, Goldberg v. Kelly, 397 US 254 (1970); para la suspensión o privación del carnet de conducir, Bell v. Burson, 402 US 535 (1971)... aunque otras veces bastan procedimientos informales de contacto como para cortar la electricidad por falta de pago, Memphis Gas, Light & Water Division v. Kraft, 436 US 1 (1978), o para remover a un hijo adoptado de la casa de la familia adoptante, Smith v. Organization of Foster Families, 431 US 816 (1977). En realidad los procedimientos administrativos estatales están muy lejos de los estándares federales y de otros países y esta es la vía por la que parece se vayan a elevar aunque el Tribunal Burger ya ha comenzado a cortar drásticamente esta línea jurisprudencial a partir de Paul v. Davis, 424 US 693 (1976) (en la definición de "libertad") y Mathews v. Eldridge, 425 US 319 (1976) (definición de "propiedad"). De todas formas toda esta jurisprudencia se examina más detalladamente en el Capítulo V.

(1389) 430 US 651 (1977).

(1390) The Supreme Court 1976 Term, 91 Harv L Rev 112 (1977).

(1391) Véase en general el Capítulo II de esta tesis.

(1392) Véase Art. III, Sección 2, Cláusula 1 de la Constitución.

(1393) Swift v. Tyson, 16 Pet 1 (1842).

(1394) Erie Railroad v. Tompkins, 304 US 64 (1938).

(1395) Véase Note, The Federal Common Law, 82 Harv L Rev 1512 (1969).

(1396) 13 Wall 679 (1872).

(1397) NOWAK et al., pg. 890.

(1398) Hamilton v. Regents of the University of California, 293 US 245 (1934), la de libertad religiosa y Everson v. Board of Education, 330 US 1 (1947), la de aconfesionalidad del Estado.

(1399) 344 US 94 (1952).

(1400) 363 US 190 (1960).

(1401) Véase, en general, Casad, The Establishment Clause and the Ecumenical Movement, 62 Mich L Rev 419 (1964).

(1402) Es decir, de 1855 a 1886. Véase supra notas 1323 y 1334 y el texto que les acompaña.

(1403) 423 US 411 (1976).

(1404) 423 US 426 (Voto concurrente de J. Powell).

(1405) Id., pg. 430.

(1406) No se trata sólo de una práctica, sino igualmente del análisis directo de la constitucionalidad de una ley federal en este caso concreto: Título 18 USC Sección 3061 (a) (3) que permite a los agentes especiales de correos arrestar a los sospechosos de haber cometido felony. Su implicación es todavía mayor porque la sentencia afectaría a todos los códigos estatales (o common law si no hay ley) de enjuicia-

ciamiento criminal así como a la validez de otras numerosas leyes federales (como las que regulan la actuación de los marshals federales, de los miembros del servicio secreto, del FBI ... etc.).

(1407) 423 US 411 (1976). Watson fue arrestado en un restaurante.

(1408) Como indica el voto concurrente de J. Stewart el TS no podía decidir la validez del arresto no hecho en sitio público y a plena luz del día (id., pg. 433) pues sería legislar. Se tenía que limitar a permitir o anular el arresto concreto de Watson.

(1409) Payton v. New York, 48 USLW 4375 (1980). Se verá a continuación.

(1410) 423 US 411 (1976). Redactada por J. White, a la que se unieron C.J. Burger y J.J. Blackmun, Rehnquist y Powell.

(1411) 423 US, pg. 418, citando precedentes y doctrina inglesa.

(1412) Id., pg. 419.

(1413) Id., pgs. 420-21, 423.

(1414) "Pero rehusamos transformar esta preferencia judicial (mandato emitido por un magistrado) en una norma constitucional cuando el juicio de la Nación y del Congreso durante tanto tiempo ha sido el de autorizar los arrestos en lugares públicos por sospecha fundada sin la necesidad del mandato de arresto judicial". Id., pg. 423.

- (1415) Para J. Powell, sin embargo, el texto de la enmienda n° 4 no distingue netre arresto personal y mandato de búsqueda de los instrumentos y medios del delito (orden de registro) (searches and seizures) por lo que quizás ambas reglas debieran ser iguales. Véase 423 US, pg. 429 (Voto concurrente de J. Powell).
- (1416) Id.
- (1417) Id.
- (1418) Redactado por J. Marshall, al que se unió J. Brennan.
- (1419) 423 US, pg. 438 (voto particular de J. Marshall).
- (1420) Id., pgs. 438-443.
- (1421) 48 USLW 4375 (1980).
- (1422) Redactado por J. Stevens (quien no había participado en Watson) al que se unieron J.J. Brennan, Marshall, Stewart, Blackmun y Powell. J. Blackmun emitió además un voto concurrente.
- (1423) 48 USLW, pg. 4381.
- (1424) Id., pg. 4382.
- (1425) Así lo dice muy claramente en id., pg. 4380.
- (1426) Id., pg. 4381, in fine.

(1427) Véase, por ejemplo, Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568 (1942) y Near v. Minnesota, 283 US 697, 715 (1931) y, mucha más cercano en el tiempo, Beauharnais v. Illinois, 343 US 250 (1952).

(1428) 376 US 254 (1964).

(1429) Véase infra pgs. 718 y ss.

(1430) En el mismo sentido, véase TRIBE, pg. 634.

(1431) Véase infra pgs. 682 y ss.. El supuesto de hecho era un artículo publicado en el New York Times, pagado comercialmente pues tenía como finalidad promover las donaciones de los lectores, en el que se criticaba la actividad de la policía de Montgomery, Alabama, respecto al movimiento de derechos civiles. Algunos detalles eran falsos aunque no parece que el tenor general de la historia. Pero para la ley de Alabama cuando algún escrito "hería la reputación" de alguna persona, la única defensa era la de la prueba de la absoluta verdad de todos y cada uno de los hechos. El TS, como indican NOWAK et al., pg. 781, podía haber optado por reglas muchos menos amplias que la regla sustantiva que formuló (véase infra pg. 686).

(1432) Concepto terminológicamente coincidente con el common law (donde viene a significar intención de herir) pero construido con otro contenido por el TS (total indiferencia hacia la verdad o falsedad de las afirmaciones de hecho del libelo).

(1433) 376 US 254 (1964).

(1434) 418 US 323 (1974).

(1435) Estos últimos se imponen por los jurados como simple pena civil, independientemente del daño real, o presunto, de la difamación.

(1436) Así lo denomina. como quasi-rama especial del Derecho Constitucional, GUNTHER, pg. 1333.

(1437) El common law constituye, pues, acción pública a efectos de la enjuiciabilidad de la medida ya que la constitución no alcanza como norma general a relaciones jurídico-privadas. Véase TRIBE, pg. 1167 y ss..

(1438) 304 US 64 (1938).

(1439) Lo cual no es realmente una verdad absoluta. Véase HART & WECHSLER, pg. 762 e infra pgs. 701 y ss.

(1440) 423 US 411, 421-22 (1976).

(1441) 48 USLW 4375, 4382 (1980).

(1442) 367 US 643 (1961).

(1443) Wolf v. Colorado, 338 US 25 (1949) (fue derogado expresamente en Mapp).

(1444) Véase A.E. Dick Howard, State Courts and Constitutional Rights in the Day of the Burger Court, 62 Va L Rev 873, 877-78 (1976).

- (1445) Véase, por ejemplo, la incitación para que los Estados adoptaran voluntariamente la excusatory rule en Irvine v. California, 347 US 128 (1954).
- (1446) Howard, Op. cit. supra nota 1444, pg. 874.
- (1447) Como resumen que el corte en seco que el Tribunal Burger supuso respecto de las tendencias que había ido fijando el Tribunal Warren véase el formulado por J. Brennan en su "arenga" a los tribunales estatales para que siguieran desarrollando las garantías constitucionales por medio de sus propias constituciones en State Constitutions and the Protection of Individual Rights, 90 ~~Haw~~ L Rev 489 (1977). J. Brennan había también aprovechado muchos de sus votos particulares para pedir a los Estados que hicieran uso creativo de sus constituciones. Véase, por ejemplo, Michigan v. Mosley, 423 US 96, 120 (1975).
- (1448) NOWAK et al., pg. 85.
- (1449) Herb v. Pitcairn, 324 US 117, 125 (1945).
- (1450) Véanse las reglas básicas en NOWAK et al., pgs. 86 y ss..
- (1451) El problema de la ambigüedad se plantea igualmente en relaciones derecho estatal-derecho federal a nivel legal o de common law. Véase HART & WECHSLER, pgs. 478-483.
- (1452) Véase Linde, Without "Due Process" — Unconstitutional Law in Oregon, 49 Or L Rev 125 (1970).
- (1453) Howard, Op. cit. supra nota 1444, pg. 877. Véase como

ejemplo la respuesta del Tribunal Supremo de California al TS en el caso Department of Mental Hygiene v. Kirchner, 62 Cal 2d 586, 400 P 2d 321 (1965), donde el TS ^{de ese Estado} había anulado una ley de ese Estado, requiriendo ~~que los~~ ^{que los} ~~super~~ ^{super} ~~parien~~ ^{parien} ~~tes de los~~ ^{tes de los} ~~enfermos~~ ^{enfermos} pagaran los costos de los hospitales mentales estatales, basándose en la cláusula de igualdad pero sin decir si era la de California o la de la Constitución federal. Véase el comentario de este caso en Note, The New Federalism: Toward a Principled Interpretation of the State Constitution, 29 Stan L Rev 297, 303 -o4 (1977).

(1454) Algunos han acusado al Tribunal Supremo de California de haber hecho eso precisamente en caso Serrano v. Priest, 5 Cal 584, 287 P 2d 1241 (1971), el equivalente al San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 US 1 (1973), donde el tribunal estatal declaró inconstitucional la discriminación en la educación por razón de condición económica. Véase infra pgs. y ss. Otros han resaltado, sin embargo, la ausencia de tal ambigüedad viendo clara la intención del Tribunal Supremo de California de anular la ley basándose en la cláusula de igualdad de la Constitución estatal que es muy semejante a la de la Constitución Federal. Véase Karst, Serrano v. Priest: A State Court's Responsibilities and Opportunities in the Development of Federal Constitutional Law, 60 Cal L Rev 720, 746-49 (1972).

(1455) Véase la nota anterior.

(1456) Véase Constitución de California, Art. I, Sección 7.

(1457) Véase Constitución de California, Art. I, Sección 13. Di-

cha cláusula fue interpretada de forma diferente en el ámbito estatal, People v. Brisendine, 13 Cal 3d 528, 531 P 2d 1099 (1975), que en federal, United States v. Robinson, 414 US 218 (1973), limitando al caheo el alcance del "incidente de búsqueda" (evidencia localizada en el domicilio del que se ha ido a detener sin orden judicial de registro que es distinta de la de arresto).

- (1458) Véase Art. I, Sección 15 de la Constitución de California. De nuevo aquí el Tribunal Supremo de California dio, en People v. Disbrow, 16 Cal 3d 101, 545 P. 2d 272 (196), una extensión al ^{privilegio} ~~principio~~ mayor que el recorte de Miranda por el Tribunal Burger en Harris v. New York, 401 US 222 (1971). Véase el comentario en Note, Op. cit. supra nota 1453, pgs. 314-16.
- (1459) Para el Tribunal Supremo de Rhode Island, jurado significa uno de 12 miembros. Consulta del Senado, 108 R I. 628, 728 A 2d 852 (1971). Véase infra pgs. 426 y ss.. La opinión (consultiva pues en Rhode Island se permite la consulta previa de la constitucionalidad de las leyes, está comentada en Howard, Op. cit. supra nota 1444, pgs. 903-04.
- (1460) El Tribunal Supremo de Hawaii también rehusó seguir la doctrina del Tribunal Bueger en Robinson, supra nota 1457, El caso es State v. Kaluna, 55 Hawaii 361, 520 P 2d 51 (1974). Véase el comentario de Howard, Op. cit. supra nota 1444, pgs. 899-90.
- (1461) El Tribunal Supremo de Maine la utilizó para exigir un mayor standard de "razonabilidad" en la duda acerca de la

voluntariedad de la confesión (carga de la prueba en el fiscal), State v. Collins, 297 A 2d 620 (1972), que el exigido por el TS en Lego v. Toney, 404 US 477 (1972), de apreciación por el tribunal de instancia según las circunstancias del caso. Véase el comentario de Howard, Op. cit. supra nota 1444, pgs 897.

(1462) En este caso para declarar su adhesión a la doctrina del TS. Véase Id., pg. 898.

(1463) Véase supra pgs. 603 y ss..

(1464) Para mantener que en ámbito estatal sigue rigiendo el substantive due process económico en Bulova Watch Co. v. Brand Distributors Inc., 285 N C 467, 206 S E 2d 141 (1974). Véase Howard, Op. cit. supra nota 1444, pgs. 883 y ss..

(1465) Para identificar ambas. Véase Griggs v. Hanson, 86 Kan 632, 634, 121 P 1094, 1095 (1912).

(1466) Su Tribunal Supremo ha declarado, en McGinnis v. Stevens, 543 P 2d 1221 (1975), que el due process de su Constitución requiere más garantías procedimentales en sus prisiones que los fijados en el TS en Wolf v. Mc Donnell, 418 US 539 (1975),. Véase Hoard, Op. cit. supra nota 1444, pgs. 904-05.

(1467) Colorado e Indiana, por ejemplo, no han seguido la restricción de la regla fijada en New York Times v. Sullivan, por Gertz v. Welch 418 US 323 (1974) por coger un ejemplo conocido. Véase supra nota 1434 y el texto que la acompaña.

- (1468) Véase supra notas 1462 y 1465. En algun caso el tribunal estatal ha tenido que modificar anteriores dicta o auténticos precedentes que declaraban que, con el texto igual, la interpretación debía ser igual. Véase por ejemplo por el Tribunal Supremo de California Note, cit. supra 1453, pg. 302 n. 36.
- (1469) El propio TS lo ha admitido numerosas veces. Véase entre otros, Oregon v. Haas, 420 US 714, 719 (1975).
- (1470) 6 Cal 3d 628, 493 P 2d 880 (1972).
- (1471) Compárese la enmienda n° 8 de la Constitución Federal (y) con el art. I, Sección 17 de la de California (o).
- (1472) Véase infra pgs. 422 y ss.
- (1473) Véase Note, cit. supra nota 1453, pg. 308.
- (1474) Véase, por ejemplo, la equivalente a la novena enmienda en la Constitución de Idaho que habla de derechos inalienables. Su Tribunal Supremo lo aprovechó para declarar fuera del alcance de los poderes públicos la regulación del corte de pelo en las escuelas públicas en Murphy v. Pocatello School District, 94 Idaho 32, 37-38, 180 P 2d 878, 883-84 (1971). Véase Howard, Op. cit. supra nota 1444, pg. 928 y supra nota 902.
- (1475) A veces utilizado y a veces no. Como ejemplo de la no utilización del mismo en California véase el caso descrito en supra nota 1457. Como ejemplo de su superutilización véase la decisión del Tribunal Supremo de Alaska don-

de ha servido para declarar la inconstitucionalidad del consumo privado de marihuanan en Ravin v. State, 537 P 2d 494 (1975). Naturalmente, ambas sentencias no son sin embargo equiparables pues se refieren a áreas tan distintas como el derecho procesal penal y la autonomía personal.

- (1476) Véanse, por ejemplo, las mayores restricciones en materia de separación Iglesia-Estado y la constitucionalización del derecho al medio ambiente en Howard, Op. cit. supra nota 1444, pgs. 907-912 y 912-16 (especialmente 915) respectivamente.
- (1477) Véase supra nota 14.
- (1478) Con J. Clark, del Tribunal Supremo de California, a la cabeza. Véase Note, cit. supra nota 1453, pgs. 297 n. 7, 298 n. 10 y 314 n. 119.
- (1479) Véase Brennan, Op. cit. supra nota 1447, pg. 502.
- (1480) Véase, en general, el tono de la Note, cit supra nota 1453 y el de Karst, Op. cit. supra nota 1454. Véase, en el mismo sentido, Howard, Op. cit. supra nota 1444, pgs. 934 y ss..
- (1481) La Constitución de California, al indicar que los derechos garantizados por la misma son independientes de los garantizados por la Constitución de los Estados Unidos (Art. I, Sección 24) ha sido en algunos casos utilizada como el único argumento para no seguir la doctrina del TS. Véase Note, cit, supra nota 1453.

- (1482) Historia legislativa. Véase ~~Howard~~ Howard, Op. cit. supra nota 1444, pg. 936, 0 general, id., 936-37.
- (1438) Destaca por ejemplo la tradición individualita de Alaska. Id., pg. 932.
- (1484) Véase id., pgs. 890-91.
- (1485) Véase id., pgs. 896 y 906.
- (1486) Véase Note, cit. supra nota 1453, pg. 311.
- (1487) Véase Howard, Op. cit. supra nota 1444, pgs. 902 y 907.
- (1488) Véase id., pgs. 898 y 905 y Note, Op. cit. supra nota 1453, pgs. 318-19.
- (1489) Véase Paulsen, The Persistence of Substantive Due Process in the States, 34 Minn L Rev 91 (1950).
- (1490) Véase Pennsylvania State Board of Pharmacy v. Pastor, 441 Pa 186, 272 A 2d 487 (1971).
- (1491) 425 US 748 (1976).
- (1492) Véase infra *Capítulo V*.
- (1493) Véanse los restantes epígrafes de este Capítulo IV.
- (1494) Los autores que se han ocupado del tema resaltan más bien el paralelismo en el uso de las fuentes, pero no la yuxtaposición de las mismas, entre el TS y los tribunales estatales.

- (1495) El movimiento ha recibido expresamente el nombre de Nuevo Federalismo (aunque no tiene nada que ver con el slogan del Ejecutivo con la llegada de Reagan al poder). Véase Note, cit, supra nota 1453. El epíteto en este campo judicial fue esbozado por Wilkes, The New Federalism in Criminal Procedure: State Court Evasion of the Burger Court, 62 Ky L J 421 (1974).
- (1496) la enmienda constitucional para modificar la doctrina de los tribunales es mucho más fácil de realizar en el ámbito estatal que en el federal. La sentencia anuladora de la pena de muerte en California por ejemplo fue rápidamente seguida de una enmienda constitucional restaurándola expresamente. Véase actual Art. I, Sección 27 de la misma.
- (1497) Howard, Op. cit. supra nota 1444, pg. 940.
- (1498) Véase en general id., pgs. 940-41.
- (1499) Id., pg. 938.
- (1500) Véase supra nota 1531 y el texto que la acompaña.
- (1501) Véanse bastantes ejemplos concretos de donde el derecho estatal tuvo cierto peso en Antieau, The Jurisprudence of Interests as a Method of Constitutional Adjudication, 27 Case W L Rev 823, 882-84 (1977).
- (1502) Los casos de la pena de muerte y de la educación, supra notas 1470-71 y 1454, fueron orientados en este sentido por el Tribunal Supremo de California,

(1503) 48 USLW 4375 (1980).

(1504) Id., pg. 4382.

(1505) Fox Film Corporation v. Muller, 296 US 207 (1935).

(1506) Minnesota v. National Tea Co., 309 US 551 (1940).

(1507) Herb v. Pitcairn, 324 US 117 (1945).

(1508) 440 US 648 (1979).

(1509) Véase infra *pgs. 701 y ss.*

(1510) Véase HART & WECHSLER, pg. 440.

(1511) 420 US 714, 719 (1975).

(1512) Véase supra nota 1458.

(1513) Los Estados suelen rehuirlo por la aplicación de la doctrina del fundamento estatal adecuado.

(1514) Así trata el tema Sager, Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, 91 Harv L Rev 1212, 1242 y ss (1978), quien entiende por este tipo de normas aquellas que son auténticamente tales pero que el TS no quiere legitimar con una sentencia que las legitime.

(1515) 401 US 222 (1971).

(1516) Véase, en este sentido, concluyendo abiertamente que el TS se equivocó en Oregon v. Haas, TRIBE, pgs. 31-32.

- (1517) 434 US 100 (1977) Per curiam.
- (1518) Id., pgs. 103-105.
- (1519) Véanse los datos proporcionados por Sager, Op. cit. supra nota 1514, pgs. 1244-45.
- (1520) 440 US 648 (1979).
- (1521) Véase supra notas 1505-07 y el texto que las acompaña.
- (1522) Véase supra pgs. 460 y ss..
- (1523) Véase Karst & Horowitz, Reitman v. Mulkey: A Telephase of Substantive Equal Protection, 1967 S Ct Rev 39.
- (1524) 387 US 369 (1967).
- (1525) Véase Karst & Horowitz, Op. cit. supra nota 1523, pgs. 47-48.
- (1526) Véase infra pgs. 914 y ss.
- (1527) Esta cita, que es hoy archiconocida, procede de su confesión personal a J. Jackson. Véase JACKSON, THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN SYSTEM OF GOVERNMENT (1955), pg. 54 n. 61.
- (1528) KURLAND, POLITICS, THE CONSTITUTION, AND THE WARREN COURT (Univ. of Chi. Press, 1970), pg. 2.
- (1529) Véase la plena conciencia que tienen de que este planteamiento es correcto los propios politólogos en el texto que acompaña a la nota 1534.

- (1530) JACKSON, Op. cit. supra nota 1527, pg. 61.
- (1531) Id., pg. 55.
- (1532) Id., pg. 56.
- (1533) Véase id., pg. 57.
- (1534) Dahl, Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, 6 J Pub L 279 (1957), también publicado en LEVY, JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT (1967), pgs. 106 y ss..
- (1535) Véase infra pg. siguiente.
- (1536) GROSSMAN & WELLS, CONSTITUTIONAL LAW AND JUDICIAL POLICY MAKING (Wiley & Sons ed., 2^a ed. 1980).
- (1537) Id., pg. 36.
- (1538) Véase HYNEMAN, THE COURT ON TRIAL (1963), pgs. 237-47. Citado en Shapiro, Political Jurisprudence, 52 Ky L J 294, 300 (1964).
- (1539) Véase supra pgs 478 y ss.
- (1540) Véase supra pg. 495 n. 792.
- (1541) Véase, par la comparación entre las varias corrientes filosófico jurídicas más extendidas en Norteamérica, Summers, Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law, 92 Harv L Rev 433 (1978).

- (1542) Todos los llamados "McDougal-Lasswellians" insisten en que se trata de una filosofía about law y no of law. Con ello se quiere expresar que utilizan el aparato lingüístico-conceptual como método de análisis del fenómeno jurídico y no como el objeto a ser analizado.
- (1543) Quizás el resumen más completo del sistema sea el de Moore, Prologomenon to the Jurisprudence of Myres McDougal and Harold Lasswell, 54 Va L Rev 662 (1968).
- (1544) Véase especialmente de todas formas, McDougal, Jurisprudence for a Free Society, 1 Ga L Rev 1 (1966).
- (1545) Véanse los párrafos que le dedica Mc Dougal a la interpretación de la Constitución Norteamericana en Op. cit. supra nota anterior, pg. 18.
- (1546) El seminario lleva por título el de Legal Education, aunque sería más adecuado el de American Contemporary Legal Thought que probablemente lleve "oficialmente" ya en este curso.
- (1547) Véase supra pgs. 354 y ss..
- (1548) FRANK, LAW AND THE MODERN MIND (Brentano's Inc., ed., 1930).
- (1549) Véase supra pgs. 525 y ss..
- (1550) Moore, Op. cit. supra nota 1543, pg. 666.
- (1551) Este process of review de la norma no opera sólo hacia atrás para saber que normas de un ordenamiento dado son realmente tales, sino también pro futuro (pres-

criptive process) puesto que el acierto de conexión con las expectativas de la comunidad es la principal labor del intérprete. Sobre el process of review y el prescriptive process véase Moore, Op. cit. supra nota 1543.

(1552) Paust, The Concept of Norm: A Consideration of the Jurisprudential Views of Hart, Kelzen, and McDougal-Lasswell, 52 Temp L Q 9, 45 (1979).

(1553) McDougal, Op. cit. supra nota 1544, pgs. 4-5.

(1554) Paust, The Concept of Norm: Toward a Better Understanding of Content, Authority, and Constitutional Choice, 53 Temp L Q 226, 235 (1980).

(1555) Id., pg. 237.

(1556) El texto ha sido tomado de la extensa cita de McDougal en Paust, id., pgs. 238-39.

(1557) Véase Miller, On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions, 14 J Pub L 251, 264 (1965).

(1558) Aunque el término "shared legal expectations" es sin duda el más usado por los eguidores de McDougal-Lasswell, éstos hablan también a veces de consensus o de valores. Como ejemplo de lo segundo véase el texto que acompaña a la nota 1556; como ejemplo de lo primero véase MCDOUGAL, LASSWELL, MILLER, THE INTERPRETATION OF AGREEMENTS AND WORLD PUBLIC ORDER (1967), pg. 99 donde dicen textualmente que "la principal labor del intérprete debería ser la de dar efecto al constante consensus ... que suponen ... las expectativas contemporáneas compartidas que se refieren a los problemas en disputa". Véase igualmente McDougal,

International Law, Power, and Policy, 82 RECUEIL DES COURS 137, 183 (1954): "La función principal consiste... en clarificar valores comunitarios".

- (1559) Véase McDougal, Lasswell & Reisman, , The World Constitutive Process of Authoritative Decision, 19 J Legal Educ 253, 426 (1967); y, por los mismos autores, The Intelligence Function and World Public Order, 46 Temp L Q 365, 447-48 (1973); LASSWELL, A PRE-VIEW OF POLICY SCIENCE (1971), pgs. 86-88.
- (1560) Véanse, por ejemplo, Schachter, Toward a Theory of International Obligation, 8 Va J Int L 300, 316-17 (1968); Paust, Op. cit. supra nota 1554, pg. 240.
- (1561) He preferido usar el término "identificación" de Paust, Op. cit. supra nota 1554, pgs. 240-41 por ser más gráfico que los de McDougal, Lasswell y Miller quienes hablan de "interpretación primaria" o de "constatación" (ascertainment).
- (1562) Por supuesto, las expectativas no son ni venen limitadas por el texto constitucional, pero qué duda cabe de que si el precepto constitucional es claro y tajante éste modula las expectativas y no plantea grandes problemas de revisión mediante el consensus.
- (1563) El propio McDougal considera que los vacíos dejados a la sociological jurisprudence por J. Cardozo en su célebre THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS (1921) son mínimos comparados con los que hay en la realidad. Véase McDougal, The Application of Constitutive Prescriptions: An

Addendum to Justice Cardozo, (1978) que es una conferencia pronunciada en Nueva York ante la New York Bar Association, no publicada pero de la que hemos tenido conocimiento a través de la obra de Paust.

- (1564) Véase Paust, Op. cit. supra nota 1554, pg. 243 n. 55.
- (1565) Lasswell & McDougal, Trends in Theories About Law Comprehensiveness in Conceptions of Constitutive Process, 41 Goe Wash L Rev 1, 5 (1972).
- (1566) MCDUGAL, LASSWELL & MILLER, Op. cit. supra nota 1558, pg. 62.
- (1567) Véase supra *pgs. 473 y ss.*
- (1568) Véase supra *pgs. 85 y ss.*
- (1569) Op. cit. supra nota 1566, pgs. xvii, 99 n. 71.
- (1570) Véase McDougal, Op. cit. supra nota 1563.
- (1571) Ely, On Discovering Fundamental Values, ⁹² Harv L Rev 5, 52. Véase supra *pgs 501 y ss.*
- (1572) Paust, Op. cit. supra nota 1554, pg. 281.
- (1573) Véase la crítica a Shapiro en Miller, Judicial Activism and American Constitutionalism: Some Notes and Reflections, en NOMOS XX: CONSTITUTIONALISM (Pennock & Chapman ed., 1979), pgs. 338-39.

- (1574) Véase principalmente Miller & Howell, The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication, 27 U Chi L Rev 661 (1960) también en LEVY, JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT (1962), pgs. 198 y ss. de donde extraigo las citas.
- (1575) Véanse Miller, Op. cit. supra nota 1573, pgs. 338-39 y Miller, The Elusive Search for Values in Constitutional Interpretation, 6 Hast Con L Q 487, 502 (1979).
- (1576) Miller, The Elusive Search..., pg. 502.
- (1577) Rostow, American Legal Realism and the Sense of the Profession, 34 Rocky Mt L Rev 123,144 (1962).
- (1578) Véase Miller, On the Choice of Major Premises in Supreme Court Opinions, 14 J Pub L 251, 264 (1965).
- (1579) Id..
- (1580) Véase ~~infra~~ nota 1591
- (1581) Véase Miller, Op. cit. supra nota 1575, pgs. 490-96; Miller & Schefflin, The Power of The Supreme Court in the Age of the Positive State, 1967 Duke L J 273, 289 y ss..
- (1582) Miller & Howell, Op. cit. supra nota 1574.
- (1583) Miller, Op. cit. supra nota 1575 y 1578.
- (1584) Miller, Op. cit. supra nota 1575, pg. 497.
- (1585) Id..

- (1586) Id., pg. 500. La cita es de JACKSON, THE STRUGGLE FOR JUDICIAL SUPREMACY (1941), pg. 44.
- (1587) Miller, On the Need for "Impact Analysis" of Supreme Court Decisions, 53 Geo L J 365 (1965), repetido en Op. cit. supra nota 1575, pg. 494.
- (1588) Miller & Barron, The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry, 61 Va L Rev 1187 (1975).
- (1589) Miller & Sastri, Secrecy and the Supreme Court: On the Need for Piercing the Red Velour Curtain, 22 Buff L Rev 799 (1973).
- (1590) Su estudio de New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (1964), en Op. cit. supra nota 1588 es digno de lectura.
- (1591) Miller, Op. cit. supra nota 1575, pg. 506 y nota 1574, pgs. 236 y ss..
- (1592) Miller & Howell, Op. cit. supra nota 1574.
- (1593) Miller, Op. cit. supra nota 1575, pg. 507.
- (1594) Miller, Op. cit. supra nota 1573, pgs. 354 y 366.
- (1595) Id., pgs. 355 y 366.
- (1596) Id., pgs. 355 y 363.
- (1597) Miller gusta de repetir las célebres palabras de C.J. Warren en su discurso de jubilación: "Nosotros, desde luego, veneramos el pasado, pero nuestro centro de aten-

ción lo constituyen los problemas de nuestros días y el futuro en cuanto podamos preverlo...Es una dificultad que que responsablemente no podemos evitar porque no tenemos poder electores que nos controlen. No servimos a ninguna mayoría. No servimos a ninguna minoría. Sólo servimos al interés público tal y como lo vemos, guiados sólo por la Constitución y nuestras conciencias...". 395 US X-XII, pg. XI.

- (1598) El proceso de ayuda o repulsa de las reformas de los jueces es configurado por Miller como apoyo o repulsa de las élites sociales y no del conjunto de la comunidad. Véase Miller, Op. cit. supra nota 1573. Ello le diferencia bastante de los postulados de la policy-oriented school of jurisprudence.
- (1599) CHOPER, JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS, A FUNCTIONAL RECONSIDERATION OF THE ROLE OF THE SUPREME COURT (Univ. of Chi. Press, 1980).
- (1600) Así es como autodenomina a su propuesta cuyo contenido examinaremos a continuación.
- (1601) CHOPER, Op. cit. supra nota 1599, pg. 79.
- (1602) Véase para ello, por ejemplo, Monaghan, Book Review, 94 Harv L Rev 296 (1980).
- (1603) Sólo las cuestiones políticas en sentido estricto no lo hacen. Véase suprapágs. 98 y ss.
- (1604) Sobre el tema, en general, véase Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government* (1960).

- (1605) Monaghan, Op. cit. supra nota 1602, pgs. 296-97.
- (1606) Dahl, Op. cit. supra nota 1534.
- (1607) Shapiro, Op. cit. supra nota 1538.
- (1608) TWISS, LAWYERS AND THE CONSTITUTION: HOW LAISSEZ FAIRE CAME TO THE SUPREME COURT (Princeton, N.J., 1942), pg.16. Véase, en el mismo sentido, FINE, LAISSEZ FAIRE AND THE GENERAL WELFARE STATE (Univ of Mich Press, 1964), pgs. 127 y ss..
- (1609) National Association for the Advancement of Colored People.
- (1610) Véase, en general, Note, The Public Interest Lawyers, 79 Yale L J 1069 (1970).
- (1611) Warren, Address at the Cornerstone-laying Ceremonies of the Roscoe Pound American Trial Lawyers Law Center, Cambridge. Mass., Sept. 28, 1968, citado en 67 Mich L Rev 219, 221.
- (1612) 421 US 240 (1975)
- (1613) Sobre el tema de los servicios legales en los litigios constitucionales en general véase THE SUPREME COURT, JUSTICE AND THE LAW (nº especial del Congressional Quarterly de septiembre de 1977, 2ª ed.), pgs. 140 y ss..
- (1614) CASPER, LAWYERS BEFORE THE WARREN COURT, CIVIL LIBERTIES AND CIVIL RIGHTS 1957-1966 (Univ. of Ill. Press, 1972), pg. 11.
- (1615) Dahl, Op. cit. supra nota 1534.

- (1616) Así lo admite el mismo Shapiro. Op. cit. supra nota 1538, pg. 310-11, 312 y ss y 326.
- (1617) Wold, Political Orientations, Social Backgrounds, and Role Perception of State Supreme Court Justices, 27 West Pol Q 239 (1974).
- (1618) MURPHY, ELEMENTS OF JUDICIAL STRATEGY (Univ. of Chi. Press, 1964).
- (1619) Desde los orígenes mismos del Derecho Norteamericano fue corrientísimo este tipo de enfoque. Los "retóaticos" de los mejores jueces norteamericanos pueden verse en WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (Oxford Univ. Press, 1976), obra que lleva por subtítulo el de PROFILES OF LEADING AMERICAN JUDGES. Su bibliografía final recoge las principales biografías.
- (1620) Shapiro lo reconoce así. Véase Shapiro, Op. cit. supra nota 1538, pg. 1.
- (1621) Véase supra pgs 354 y ss.
- (1622) Véase SHAPIRO, LAW AND POLITICS IN THE SUPREME COURT (1964) y FREEDOM OF SPEECH: THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW (1966).
- (1623) Véase supra pgs 667 y ss.
- (1624) Véase supra pgs. 98 y ss.
- (1625) Véase, en general, ~~infra~~ pgs. 401 y ss

- (1626) Véase, en este sentido, BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1977) pgs. 293 y 306.
- (1627) Shapiro, Op. cit. supra nota 1538, pgs. 341-42.
- (1628) Véase infra apartado sgte.: A:8.
- (1629) JACKSON, Op. cit. supra nota 1527, pg. 57.
- (1630) Véase supra pgs. 456 y ss.
- (1631) Véase supra pgs. 458 y ss.
- (1632) Véase Everson v. Board of Education, 330 US 1 (1947)
- (1633) 377 US 533 (1964).
- (1634) Véase supra nota
- (1635) Véase, por ejemplo, el caso citado en supra nota 1632.
- (1636) Ese es el carácter por ejemplo de la regla de Carolene o del balancing de la primera enmienda.
- (1637) Véase supra pgs. 493 y ss.
- (1638) Véase supra pgs 547 y ss.
- (1639) Véase mi trabajo cit. supra nota 1274
- (1640) COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (Oxford Univ. Press, 1976), pg. 106. Cox está resumiendo el LAW AND POLITICS de Shapiro (véase supra nota 1622).

- (1641) Véase supra pgs. 458 y ss
- (1642) Véase supra pgs. 98 y ss
- (1643) Véase LYTTLE, THE WARREN COURT AND ITS CRITICS (1968).
- (1644) 432 US 464 (1977)
- (1645) 410 US 113 (1973).
- (1646) Véase supra pgs. 358 y ss.
- (1647) Véase Cox, The Role of Congress in Constitutional Determinations, 40 U Cin L Rev 199(1971).
- (1648) Véase supra pgs. 630 y ss.
- (1649) 411 US 677 (1973).
- (1650) 395 US 367 (1969).
- (1651) 412 US 94 (1973).
- (1652) No se trataba de un acto administrativo de la FCC sino de administrative adjudication actuando la FCC como un tribunal administrativo según la práctica corriente hoy en el mundo jurídico anglosajón.
- (1653) J. Douglas formuló un voto concurrente y J. Brennan, al que se unió J. Marshall, uno de sus clásicos y tajantes votos disidentes. Hubo también concurrencias parciales de J.J. Stewart, White y Blackmun (a esta última se adhirió J. Powell). Sobre el fondo véase GUNTHER, pgs. 1303 y ss..

- (1654) Otro de los campos clásicos donde lo que el Congreso hace determina la constitucionalidad es el de los poderes exteriores del Presidente. Véase Youngstown y Dames & Moore, supra pgs. 109 y ss.
- (1655) Véase supra pgs. 377 y ss.
- (1656) Véase supra Capítulos II y III.
- (1657) Baker v. Carr, 369 US 186 (1962) y Reynolds v. Simms, 377 US 533 (1964).
- (1658) Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).
- (1659) New York Times v. Sullivan, 376 US 254 (1964).
- (1660) Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966).
- (1661) Brown I, 347 US 483 (1954).
- (1662) Id..
- (1663) Brown II, 349 US 294 (1955).
- (1664) Véase supra Capítulo II.
- (1665) Véase supranota 1657.
- (1666) Véanse infra notas 1693-1699 y el texto que las acompaña.
- (1667) Véase supra nota 1660.
- (1668) 384 US 436, 444 (1966).
- (1669) Véase infra apartado A:10, pgs. 701 y ss..

(1670) Véase supra nota 1658.

(1671) Véase supra nota 1659.

(1672) Por cierto, el mejor manual de práctica procesal ante el TS es sin duda el de STERN & GRESSMAN, SUPREME COURT PRACTICE (5^a ed., 1978).

(1673) 376 US 254 (1964).

(1674) Véase supra pgs. 627 y ss.

(1675) Véase Miller & Barron, Op. cit. supra nota 1588, pgs. 1204 y ss..

(1676) Id., pg. 1205.

(1677) WOODARD & ARMSTRONG, THE BRETHREN, INSIDE THE SUPREME COURT (1979).

(1678) La frase es de Tushnet, The Dilemmas of Liberal Constitutionalism, 42 Ohio St L J 411, 413 (1981).

(1679) 410 US 113 (1973).

(1680) La terminología está tomada de Leedes, Supreme Court Mess, 57 Tex L Rev 1361 (1979).

(1681) 277 US 32, 41 (1928) (Voto particular de J. Holmes).

(1682) Véase infra pgs. 726 y ss.

(1683) 394 US 618 (1969).

(1684) 383 US 663 (1966).

(1685) 405 US 330 (1972).

(1686) Id., pg. 348.

(1687) Presidential Election Voting Rights Act Amendment de
1970, 42 USC Sección 1973 aa 1 (a) (6).

(1688) 410 US 679 (1973).

(1689) Formuladø por J. Marshall, al que se unieron J.J. Brennan
y Douglas, 410 US 679, 682-85 (1973).

(1690) Id., pg. 681.

(1691) Es decir la del Presidente Jackson.

(1692) 410 US 679, 680 (1973).

(1693) 377 US 533 (1964).

(1694) 369 US 186 (1962),

(1695) 410 US 315 (1973).

(1696) El porcentaje como cuestión de hecho era inseguro (23% ?)
porque al juez de distrito le había bastado con reconocer
que era de 16.4 % para entender que era inconstitucional.
Véase el voto particular de J. Brennan pgs. 335-36.

(1697) Tampoco era cierto pues había variado algunas a la hora de
hacer el plan. Id., pg. 340.

(1698) Véase infra *pp. 426 y ss.*

(1699) 431 US 407 (1977).

- (1700) 287 US 45 (1932). Hasta entonces el right to counsel se había entendido en su sentido originario: derecho a nombrar un abogado si algun acusado quería usarlo y pagarlo.
- (1701) 372 US 335 (1963). Uno de los casos más populares de la jurisprudencia Warren gracias a la novela que del mismo hizo Anthony Lewis, GIDEON'S TRUMPET (1964).
- (1702) 388 US 218 (1967).
- (1703) 388 US 263 (1967).
- (1704) 367 US 643 (1961).
- (1705) 406 US 682 (1972).
- (1706) El "indictment" es una fase del proceso penal norteamericano consistente en una acusación formal formal sometida al grand jury por el procurator para que aquel determine si hay suficiente evidencia para pedir determinada pena. Naturalmente también cumple la importantísima función de informar al reo de qué se le acusa.
- (1707) Howard, The Burger Court: A Judicial Nonet Plays The Enigma Variations, 43 L & Cont Prob 7, 16 (1980).
- (1708) La enmienda n° 6 habla de "in all criminal prosecutions".
- (1709) Otras enmiendas protegen de una equivocación en la identificación (el due process de la 14).
- (1710) Sólo con el indictment se enfrenta el acusado con las fuerzas acusatorias del Estado. 406 US 682, 689 (1972).
- (1711) Wade y Gilbert habían sido casos de pre-indictment pero

ese factor no tuvo nada que ver con el fallo. Lo importante fue que establecieron la necesidad de abogado en el line-up. El que éste último se llevara a cabo antes o después del indictment era totalmente accidental como se ocupó de resaltar el voto particular.

(1712) Véanse los casos citados en WASBY, THE IMPACT OF THE UNITED STATES SUPREME COURT (1970).

(1713) Véase supra pgs. 219 y ss.

(1714) Véase supra pgs. 227 y ss.

(1715) Véase, en este sentido, Karst & Horowitz, Op. cit. supra nota 1523.

(1716) Véase supra pgs. 202 y ss.

(1717) Véase infra Capítulo V

(1718) Véase supra pgs. 212 y ss.

(1719) Véase supra pgs. 398 y ss.

(1720) Véase mi trabajo cit. supra nota 1274.

(1721) 376 US 254 (1964).

(1722) 410 US 113 (1973).

(1723) 384 US 436 (1966).

(1724) 377 US 533 (1964).

(1725) Véase STC de 17 de julio de 1981. Recurso de amparo n° 203 y 216/1980. Boletín Oficial del Estado pg. 11, in fine.

- (1726) Véase COX, Op. cit. supra nota 1640, pg. 108.
- (1727) Id., pg. 109.
- (1728) El código procedimental de Miranda v. Arizona, 384 US 436, 444 y ss. (1966).
- (1729) Monaghan, The Supreme Court, 1974 Term — Foreword: Constitutional Common Law, 89 Harv L Rev 1 (1975).
- (1730) Id., pgs. 2-3.
- (1731) 304 US 64 (1938).
- (1732) Monaghan, Op. cit. supra nota 1729, pg. 23.
- (1733) Id., pg. 21.
- (1734) Hill, The Bill of Rights and Supervisory Power, 69 Col L Rev 181, 181 (1969).
- (1735) Esta es la base de la doctrina de la ^{Pr}preemption doctrina que es la fundamental para la interpretación de las relaciones federación estados en el aspecto de la delimitación específica competencia a competencia. Exponerla nos llevaría mucho. Véase TRIBE, pgs. 376 y ss.
- (1736) Véanse por ejemplo la Sección 2 de la enmienda 13, la 5 de la 14, y las 2 de las enmiendas 15, 19, 23, 24, 26 o de la todavía sin ratificar 27.
- (1737) 384 US 641 (1966).
- (1738) 400 US 112 (1970)

- (1739) Esta habría sido no solo la jurisprudencial precedente sino también la intención de los constituyentes. Véase Burt, Miranda and Title II: A Morganatic Marriage, 1969 S Ct Rev 81, 82-100.
- (1740) Véase, por todos, Katzenbach v. McElung, 379 US 294 (1964).
- (1741) Véase supra nota 1737.
- (1742) 42 USC Sección 1973 b (e) (2).
- (1743) Véase supra nota 1738.
- (1744) El único voto disidente fue el de J. Harlan.
- (1745) J.J. Douglas, Brennan, White y Marshall votaron favorablemente el mantenimiento para ambos tipos de elecciones. C.J. Burger y J.J. Harlan, Stewart y Blackmun votaron en contra de su mantenimiento en cualquier caso. J. Black decidió portanto su constitucionalidad para las elecciones presidenciales y su inconstitucionalidad para las estatales.
- (1746) Se mantenía la de la reducción de la edad para las elecciones federales en función de la necessary and proper clause del Congreso para desarrollar sus competencias.
- (1747) Véase, en este sentido, Cox, Op. cit. supra nota 1647, pgs. 217 y ss.
- (1748) Véase en general GUNTHER, pgs. 1096 y ss; TRIBE, pgs. 261 y ss., Cohen, Congressional Power to Interpret Due Process and Equal Protection, 27 Stan L Rev 603 (1975); Cox, Op, cit. supra nota 1647 y Foreword: Constitutional Adjudication and The Promotion of Human Rights, 80 Harv L Rev 41 (1966); Burt, Op. cit. supra nota 1739; Sager, Op. cit. supra nota 1514, pgs. 1228-1242.

(1749) Véase supra pgs. 555 y ss.

(1750) Compárese University of California Regents v. Bakke, 438 US 265 (1978) con Fullilove v. Klutznick, 448 US — (1980) supra pgs 555 y ss.

(1751) En este caso es la footnote 10 de la opinión de J. Brennan en Oregon v. Mitchell, 400 US 112 (1970) la que abiertamente se muestra en contra de ese poder.

(1752) Véase, por ejemplo, la sustitución de la ^s Miranda rules operada por el Título II de la Omnibus Safe Streets and Crime Control Act de 1968, 82 Stat 197 (1968), sustitución que en realidad no es sino una clara limitación de Miranda.

(1753) Véase GUNTHER, pgs. 197-98 y Cohen, Op. cit. supra nota 1748.

(1755) Véanse por ejemplo las dudas de Hart & Wechsler acerca de una hipotética supresión de la indemnización de daños y perjuicios como remedy para el incumplimiento de un precepto constitucional concreto, remedy impuesto por Bivens v. Six Unknown Named Agents, 403 US 388 (1971) en HART & WECHSLER, pg. 372.

(1754) LUSKY, BY WHAT RIGHT ?, A COMMENTARY ON THE SUPREME COURT'S POWER TO REVISE THE CONSTITUTION (Va., 1975).

(1756) Id., pg. 25.

(1757) Id., pgs. 48-49.

(1758) Id.

(1759) Id., pg. 59.

(1760) Id..

(1761) Conviene recordar que la única arma potente que tiene el congreso sobre el TS es la del recorte de su jurisdicción de apelación cuyos límites, de nuevo, también son de lo más borroso desde dos sentencias del siglo pasado: Ex Parte McCardle, 7 Wall 506 (1869) y United States v. Klein, 13 Wall 128 (1872). De todas formas es un fenómeno corriente en el Congreso que cada sentencia discutible del TS da lugar a la introducción de numerosos proyectos de ley intentando recortar la jurisdicción en ese punto concreto ¿Permitiría el TS ese tipo de ley? Esta es la cuestión dudosa. Véase en general Ratner, Congressional Power Over the Appellate Jurisdiction of the Supreme Court, 109 U Pa L Rev 157 (1960) y, sobre todo, Hart, The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of the Federal Courts: An Exercise in Dialectic, también recogido en HART & WECHSLER, pgs. 330 y ss.. Con la ola de neoconservadurismo algunos de esos proyectos de ley están a puntos de recortar los poderes de los tribunales federales en materia de rezos de oraciones en las escuelas, busing y aborto siendo actualmente quizás el problema constitucional de mayor actualidad. El último prólogo al curso del TS de la Harvard Law Review lo trata en profundidad. Véase The Supreme Court 1980 Term — Foreword Constitutional Limitations on the Congress' Authority to Regulate the Jurisdiction of the Federal Courts, 95 Harv L Rev 17 (1981) de Sager.

(1762) Schrock & Welsh, Reconsidering the Constitutional Common Law, 91 Harv L Rev 1117, 1176 (1978), artículo donde punto por punto se rebate la tesis de Monaghan.

(1763) La denominación, por otra parte tampoco demasiado extendida, ha sido tomada de Schlesinger & Nesse, Justice Ha-

rry Blackmun and Empirical Jurisprudence, 29 Am U L Rev 405 (1980). Véase también en este sentido Pound, Liberty of Contract, 18 Yale L J 454, 468 (1909).

- (1764) Véase Morgan, Judicial Notice, 57 Harv L Rev 269 (1944).
- (1765) Véase supra *pgs. 359 y ss.*
- (1766) Véase supra *pgs. 430 y ss.*
- (1767) Pound, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, 24 Harv L Rev 591 (1911).
- (1768) Id., pg. 470.
- (1769) Brief es el argumento resumen de la posición de las partes en el proceso.
- (1770) 208 US 412 (1928) (Brief for the defendant in error).
- (1771) Véase su análisis en Doro, The Brandeis Brief, 11 Vand L Rev 783 (1954).
- (1772) Adams v. Turner, 244 US 590 (1917) (voto particular).
- (1773) Véase WHITE, THE AMERICAN JUDICIAL TRADITION (1976), pg. 164.
- (1774) Toda la Sherman Act por ejemplo se basaba en que los tribunales podían sancionar las trabas "poco razonables" a la competencia. Véase Doyle, Can Social Science Data Be Used in Judicial Decision Making ?, 6 J Leg Educ 13,14 (1977).
- (1775) Note, The Presumption of Constitutionality, 31 Col L Rev 1136, 1138 (1931) y Note (con el mismo nombre) 36 Col L Rev 283 (1936).

- (1776) O'Gorman & Young Inc. v. Hartford Fire Insurance Co., 282 US 251, 257 (1931).
- (1777) Sobre la diferenciación entre los dos tipos de presunción véase BREST, pg. 1008-1010.
- (1778) Véase Wolf v. Colorado, 338 US 25, 44-46 (1949) (voto particular).
- (1779) Véase como se ha ido incorporando en la enseñanza del derecho en FRIEDMAN & MACAULAY, LAW AND THE BEHAVIORAL SCIENCES (Bobbs-Merrill ed., 2^a ed. 1977), pgs. 1-8.
- (1780) Véase, por todos, Washington v. Davis, 426 US 229, 241 (1976).
- (1781) Véase supra *pgs 452 y ss.*
- (1782) 435 US 702 (1978).
- (1783) Véase Dworkin, Social Sciences and Constitutional Rights — the Consequences of Uncertainty, 6 J of L & Ed 3 (1977).
- (1784) Véase el estupendo artículo de Loftus & Monahan, Trial by Data: Psychological Research as Legal Evidence, 35 American Psychologist 270 (1980).
- (1785) Uno de los casos que más ha dado que hablar fue People v. Collins, 62 Cal 2d 319, 438 P 2d 33, 66 Cal Rptr. 497 (1968), donde el jurado en primera instancia condenó a una pareja debido a que unas estadísticas introducidas por el fiscal aseguraban que había 1 entre 12.000 probabilidades (raza, pelo, color, vestidos...) de que los culpables fueran ellos. El Tribunal Supremo de California anuló la sentencia enjuiciando la validez de la estadística usada, pero no negó la posibilidad de un "buen uso" de

estadísticas. Como representante más feroz d la negativa a admitir estadísticas para los jurados véase Tribe, Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, 84 Harv L Rev 1328-1393 (1971).

(1786) Véase Loftus & Monahan, Op. cit. supra nota 1784.

(1787) Véase Prochnow v. Prochnow, 274 Wisc 491, 80 NW 2d 278 (1957) relativo al valor de los tests sanguíneos para los procesos de paternidad.

(1788) El juez Wyzanski se ganó la aprobación general cuando usó de los servicios de un economista para el complejo caso antitrust United States v. United Shoe Machinery Corp., 110 F Supp 295 (D Mass 1953) affirmed 347 US 521 (1954).

(1789) Véase en general Kulp Davis, Facts in Lawmaking, 80 Col L Rev 931 (1980).

(1790) Véase el estupendo artículo de Underwood, Crystall Ball Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgement, 88 Yale L J 1408 (1979).

(1791) Véase supra Capítulo II.

(1792) HOROWITZ, THE COURTS AND SOCIAL POLICY (1972), pg. 46.

(1793) Id., pg. 50.

(1794) La terminología es de HOROWITZ, id., pg. 45.

(1795) 347 US 483 (1954).

(1796) Para una clasificación parecida a la que yo voy a utilizar véase Schlessinger & Nesse, Op. cit. supra nota 1763.

(1797) Véase supra Capítulo II.

(1798) 347 US 483 (1954).

(1799) 163 US 537 (1896). Plessy fue el caso que constituciona-
lizó la doctrina de separados pero iguales.

(1800) La nota citaba los siguientes estudios: "K B Clark, Effect
of Prejudice and Discrimination on Personality Develop-
ment (Midcentury White House Conference on Children and
Youth, 1950); Witmer & Kotinsky, Personality in the Ma-
king (1952), c. VI; Deutscher & Chein, The Psychological
effects of Enforced Segregation: A Survey of Social Scien-
ce Opinion, 26 J Psychol. 259 (1948); Chein, What Are the
Psychological Effects of Segregation Under Conditions of
Equal Facilities ?, 3 Int J Opinion and Attitude Res.
229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination
and National Welfare (McIver ed., 1949), 44-48; Frazier,
The Negro in the United States (1949), 674-681. And see
generally Myrdal, An American Dilemma (1944)".

(1801) Véase un resumen de la bibliografía en GUNTHER, pg, 762
n. 1.

(1802) Compárese Doyle, Op. cit. supra nota 1774, pgs. 16-17
con Monahan, Op. cit supra nota 1784.

(1803) Earl Warren, citado en KLUGER, SIMPLE JUSTICE (1976), pg. 106.

(1804) Véase id., pg. 689.

(1805) El propio K B Clark tuvo que responder posteriormente a
las innumerables críticas a su estudio. Véanse Clark,
The Desegregation Cases, 5 Vill L Rev 224 (1959) y The
Social Scientists, the Brown Decision, and Contemporary
Confusion, en ARGUMENT (Friedman ed., 1969).

(1806) Véase supra Capítulo III.

(1807) Véase supra *pgs. 196 y ss y 88 y ss.*

(1808) Véase supra Capítulo II.

(1809) Chilling effect quiere decir literalmente efecto escalofriante. Sobre su eficacia para eliminar leyes contrarias a la primera enmienda on their face véase supra pgs.

(1810) Deterrence se usa con toda normalidad para expresar eficacia disuasoria. En España se habla más bien de efecto ejemplificativo.

(1811) Véase por todos Note, The Chilling Effect in Constitutional Law, 69 Col L Rev 808 (1969).

(1812) No sólo individual sino también "erudita" lo que puede plantear problemas de aplicación de tesis científicas al caso individual. Véase en este sentido Loftus & Mohahan, Op. cit. supra nota 1784.

(1813) 385 US 589 (1967).

(1814) 342 US 485 (1952).

(1815) Por cierto, el más alto tribunal de Nueva York recibe este nombre en vez del de Tribunal Supremo.

(1816) Véase supra *pgs. 89 y ss.*

(1817) Eran: "P F Lazarsfeld & W Thielens, THE ACADEMIC MIND, 92-112, 192-217 (1958); F B Biddle, THE FEAR OF FREEDOM 155 et. seq (1951); M Jahoda & S Cook, Security Measures and Freedom of Thought: An Explanatory Study of the Impact of Loyalty and Security Programs, 61 Yale L J 295 (1952);

R M McIver, ACADEMIC FREEDOM IN OUR TIME (1955); M R Konvitz, EXPANDING LIBERTIES 86-108 (1966); C. Morris, Academic Freedom and Loyalty Oaths, 28 L & Cont Prob 487 (1963)".

~~(1818) Véase art. 13 del Código Civil.~~

(1819) Auerbach, Issues of Legal Policy in Social Science Perspective, 2 L & Soc Rev 499 (1968).

(1820) Quien disienta sistemáticamente en todas las denegaciones de crtiorari.

(1821) Howard, Op. cit. supra nota 1707, pg. 12.

(1822) Entendiendo por tal la preocupación de que los procesos en que se impongan sean especialmente limpios y tengan suficientes garantías, Véase por ejemplo Roberts v. Louisiana, 428 US 325 (1976) y Woodson v. North Carolina, 428 US 280 (1976).

(1823) En base por ejemplo de la proporcionalidad entre el delito cometido y dicha pena. Por ejemplo, en Coker v. Georgia, 433 US 584 (1977) se declaró inconstitucional una ley que imponía la pena de muerte por el delito de violación.

(1824) 408 US 238 (1972).

(1825) Tanto la mayoría como los disidentes formularon, todos ellos, votos particulares. En conjunto la decisión fue 5-4, estando a favor de la anulación J.J. Brennan, Marshall, Douglas, Stewart y White y a favor de su imposición C.J. Burger y J.J. Blackmun, Powell y Rehnquist.

(1826) BREST, pg. 896.

(1827) Especialmente la de J. Marshall.

(1828) Véase Van Den Haag, PUNISHING CRIMINALS: CONCERNING A VERY OLD PAINFUL QUESTION (1975); Symposium, Statistical Evidence on the Deterrent Effect of Capital Punishment, 85 ~~Yale~~ ~~Sci~~ J 164 (1975). El estudio quizás más importante es sobre todo el de Ehrlich, The Deterrent Effect of Capital Punishment, 65 Am Econ Rev 397 (1975) quien llegó a la conclusión de que con los estudios hasta entonces elaborados no se podía saber si la pena de muerte tiene o no efecto disuasorio.

(1829) 428 US 262 (1976).

(1830) Véase supra nota 1822.

(1831) 428 US 262, 274-76 (1976).

(1832) Sobre las diferencias que en la práctica implican uno u otro en la predicción de comportamiento criminal véase Underwood, Op. cit. supra nota 1790, pgs. 1420-32.

(1833) 435 US 702 (1978). Véanse notas 1782 y ss. y el texto que las acompaña.

(1834) Véase supra pgs. 219 y ss.

(1835) Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966).

(1836) Mapp v. Ohio, 367 US 643 (1961).

(1837) Véase supra pgs. 701 y ss.

(1838) Id..

(1839) Por ejemplo véase la discusión de los efectos disuasorios de Mapp en Schlessinger, EXCLUSIONARY JUSTICE: THE PROBLEM OF ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE, (1977), pgs. 50-60; Cannon, The Exclusionary Rule: Have Critics Proven that it Doesn't Deter Police ?, 62 Judicature 398 (1979); Schlessinger & Wilson, Property, Privacy, and Deterrence: The Exclusionary Rule in Search of a Rationale, 18 Duq L Rev 225, 237-38 (1980); Schlessinger, The Exclusionary Rule: Have Proponents Proven that it is a Deterrent to Police ?, 62 Judicature 404 (1979).

(1840) Véase Schlessinger & Nesse, Op. cit supra nota 1763.

(1842) 410 US 113 (1973).

(1841) Véanse supra notas 1798 y ss. y el texto que las acompaña.

(1843) Véase supra pgs. 504 y ss.

(1844) Véase supra pgs. 689 y ss.

(1845) Este interés es desde luego en la propia terminología del TS, "legítimo" y en muchos casos está sobreimponiéndose al aborto.

(1846) 410 US 113, 164 (1973).

(1847) Véase Miller & Barron, Op. cit. supra nota 1588, pgs. 1212-13.

(1848) Id..

(1849) Véase supra pgs. 453 y ss.

(1850) La decisión ha sido incluso de ataque por tribunales inferiores basándose en que el TS no tomó debida "judicial notice" del material de las ciencias sociales y médicas. El caso es Ernest v. Miller, File n° 7103 (Circuit Court of the City of Richmond, Va., September 10, 1974). La demanda fue rechazada y el caso no está recopilado. El dato es de Miller & Barron, Op. cit. supra nota 1588, pg. 1213 n. 60.

(1851) 399 US 78 (1970)§

(1852) 435 US 223 (1978).

(1853) El juicio por jurados de la enmienda n° 6 fue incorporado a los Estados en Duncan v. Louisiana, 391 US 145 (1968).

(1854) Véase supra nota 1851.

(1855) Véase supra nota 1852.

(1856) 399 US 78, 89-90 (1970).

(1857) Véase BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1977), pgs. 399-404.

(1858) Véase id., pgs. 397-98.

(1859) Como dijo Coke, "and that number of twelf is much respected in holy writ, as in twelf apostles", 1 COKE, INSTITUTES OF THE LAWS OF ENGLAND 155 a (London 1628-1641), citado en BERGER, Op. cit. supra nota 1857, pg. 398.

(1860) Id., pg. 398.

(1861) Patton v. United States, 281 US 276 , 283 (1930).

- (1862) Así lo hizo el TS en Ballew.
- (1863) 399 US 78; 91 n. 28 (1970).
- (1864) Id., pg. 100.
- (1865) J. Brennan, al que se unieron J.J. Stewart y Marshall.
- (1866) Consideraban que la ley penal por la que se procesaba al apelante era inválida on its face.
- (1867) El de J. White (que en cambio había sido el ponente de Williams) y el de J. Stevens que formuló además de concurrir con J. Blackmun, otro voto concurrente. Véase pg. del texto, siguiente, in fine.
- (1868) La nota 10 enumera hasta 19 estudios.
- (1869) La nota 11 dice que "algunos de estos estudios son citados por las partes", luego, a sensu contrario, es obvio que algunos fueron introducidos por el TS.
- (1870) Esas, y las metodológicas, son las principales críticas contra la opinión de J. Blackmun desde el punto de vista que acepta la validez del proceso interpretativo. Véase, por ejemplo, Lermack, No Right Number ? Social Science Research and the Jury-Size Cases, 54 N Y U L Rev 951 (1979), quien ataca que la falta de consenso en los valores que el jurado como institución debe proteger hace que esos estudios resulten un poco fútiles. Véase igualmente Kaye, And then there Were Twelve: Statistical Reasoning. The Supreme Court, and the Size of the Jury, quien utilizando un análisis estadístico llega a la conclusión de que la disminución en número es un proceso que degenera los valores que J. Blackmun intenta proteger sin que en ningún momento en el descenso del número de miembros pueda apre-

ciarse una bajada bruscamente acentuada de la curva. Desde este punto de vista, concluye Kaye, es obvio que 12 es mejor número que 6 por lo que el TS debía haber hecho era simplemente "derogar" Williams siguiendo "el claro mandato histórico".

- (1871) Formulado por J. Powell, al que se unieron C.J. Burger y J. Rehnquist.
- (1872) Véase supra pgs. 689 y ss.
- (1873) Véase Kulp Davis, Op. cit. supra nota 1789, pgs. 940-42.
- (1874) Véase Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 Harv L Rev 1281, 1289-92 (1976).
- (1875) Id., pgs. 1296-98.
- (1876) Véase la comparación de la forma de afluencia de datos entre el TS y el Tribunal Constitucional Alemán de Scharpf, Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis, 75 Yale L J 517, 523-24 (1966).
- (1877) Véase nota 1873 y, sobre todo, Miller & Barron, Op. cit. supra nota 1588.
- (1878) Davis, Op. cit. supra nota 1789, pg. 941.
- (1879) La terminología es de Stanley & Campbell, EXPERIMENTAL AND QUASI-EXPERIMENTAL DESIGN FOR RESEARCH (1966). Por validez interna se entiende la superación de obstáculos metodológicos en el planteamiento del estudio empírico y por validez externa la "generalizabilidad" de esos resultados obtenidos desde el grupo operativo al todo social.

- (1880) Véase Miller & Barron, Op. cit. supra nota 1588, pgs. 1211-18, 1222 y 1226.
- (1881) 347 US 483 (1954).
- (1882) Cahn, Jurisprudence, 30 N Y U L Rev 150 (1955); 31 N Y U L Rev 182 (1956).
- (1883) Cahn, Jurisprudence, en 1957 ANNUAL SURVEY OF AMERICAN LAW 575, 586 (Collins ed., 1958).
- (1884) 435 US 223 (1978).
- (1885) A tal clarificación obedece el artículo de Loftus & Monahan, Op. cit. supra nota 1784.
- (1886) Véase supra pgs. 653 y ss.
- (1887) Dworkin, Op. cit. supra nota 1783, pg. 3.
- (1888) Id., pg. 4.
- (1889) Id., pg. 5.
- (1890) 347 US 483 (1954).
- (1891) Dworkin, Op. cit. supra nota 1783, pg. 5.
- (1892) Id., pg. 6.
- (1893) Id..
- (1894) Id..

- (1885) Paris Adult Theater I v. Slaton, 413 US 49, 61 (1973).
- (1896) ROSEN, THE SUPREME COURT AND SOCIAL SCIENCE (Univ of Ill Press, 1972), pg. 202.
- (1897) Véase Doyle, Op. cit. supra nota 1774.
- (1898) Podría perfectamente traducirse como presunciones iuris et de iure.
- (1899) Véase Note, The Irrebuttable Presumption Doctrine in the Supreme Court, 87 Harv L Rev 1534 (1974).
- (1900) Como ejemplo de interpretación dialéctica de las contract, equal protection y due process clauses todas ellas utilizadas en distintos periodos della historia constitucional norteamericana como vehículo de reconocimiento de nuevos derechos o valores sustantivos véase HOWARD, THE ROAD FROM RUNNYMEDE (1968).
- (1901) Como excepción véase Tribe, From Enviromental Foundations to Constitutional Structures: Learning from Nature's Future, 84 Yale L J 545 (1975).
- (1902) La frase está tomada del caso que creó la doctrina, Vlandis v. Kline, 412 US 441 (1973), donde el TS anuló una ley de Connecticut que otorgaba preferencia en ayuda universitaria a los estudiantes del Estado.
- (1903) Véanse, por ejemplo, Cleveland Board of Education v. La Fleur, 414 US 632 (1974) y Department of Agriculture v. Murry, 413 US 508 (1973). Ambos en 'infra pgs. 945 y ss.
- †

(1904) GUNTHER, pg. 970.

(1905) 422 US 749 (1975).

(1906) De todas formas, el TS no ha "derogado" expresamente la doctrina. Véase Elkins v. Moreno, 435 US 647 (1978) donde el TS hizo auténticos equilibrios para salvar Vlandis.

190

V.- LOS WELFARE RIGHTS O EL NUDO DE LAS ENCRUCIJADAS.

V:1.- INTRODUCCION.

Con los llamados welfare rights llegamos al punto donde se suman todas las dificultades que el ejercicio de la justicia constitucional plantea.

En primer lugar, su reconocimiento con rango constitucional puede implicar en muchos casos obligaciones positivas de carácter prestacional, cuya administración por los tribunales resulta una idea más que discutida (1).

En segundo lugar, su nuevo reconocimiento implicaría, - en línea con lo anterior, la adscripción de fondos públicos en constante lucha entre los parlamentos locales o federal y los tribunales (2).

En tercer lugar, a nivel más abstracto, la mera idea de redistribución de renta carece de aplicabilidad por los tribunales por falta de estándares judiciables (3).

En cuarto lugar, la ausencia de su reconocimiento en el texto de la Constitución (4), a la vez que su posible reconducción a algunas de las cláusulas abiertas de la Constitución, típicamente el principio de igualdad, plantea el problema más grave: el de las fuentes normativas.

En quinto lugar, incluso los posibles efectos formales de las declaraciones de inconstitucionalidad se pueden ver afectadas, ya que la extensión de los welfare rights ha planteado abiertamente el tema de la extensión versus anulación de las leyes (5).

En sexto lugar, como Michelman ha puesto de relieve, -- plantea el tema de la interacción entre poderes constitucio-

nales, y el de la cooperación legislativo-judicial en el proceso de constitucionalización de derechos, es decir, el reverso del constitutional common law (6).

Finalmente, veremos casos donde la postura negativa -- del T.S. se ha eludido por la vía de la aplicación del Derecho estatal, sin permitir, por tanto, al T.S. la revisión -- de las sentencias que podrían perfectamente haberse basado en la enmienda número 14 (7).

En una palabra, son un buen ejemplo para la exposición de la naturaleza de la justicia constitucional porque llevan sus posibilidades hasta el último estadio de desarrollo.

V:2.- LA JURISPRUDENCIA Y EL ORDENAMIENTO LEGAL HASTA EL MOMENTO.

La jurisprudencia en la materia es bastante contradictoria. Existen obiter dicta en todas las direcciones posibles aunque, como ha señalado Appleton, tratar actualmente de encontrar en dicha jurisprudencia la constitucionalización de los welfare rights "supone, en cierto modo, carecer de realismo (8)". Hay quién por ello mantiene que sólo una selección intencionada de dicta y un psicoanálisis del tribunal, intentando descifrar lo que sus miembros han querido expresar sin saberlo, puede llevar a la conclusión de que los welfare rights tienen hoy día rango constitucional (9).

Como es sabido, la cláusula de igualdad opera con un standard de constitucionalidad más estricto cuando existen una "clasificación sospechosa" o un "interés fundamental" -- (10).

Para aplicar la cláusula, por tanto, a los welfare rights, había dos caminos: reconocer el carácter de sospechosas a las clasificaciones basadas en la condición econó-

mica (wealth discrimination, en la terminología ya totalmente usual en Norteamérica) (11) o proceder sistemáticamente a reconocer intereses fundamentales de carácter social.

Fuera de la cláusula de igualdad era la de due process, en su aspecto sustantivo, la que más posibilidades ofrecía como vehículo para constitucionalizar sin ambages estos derechos (12).

En el aspecto de su salvaguarda procedimental era naturalmente la cláusula de due process en su aspecto procesal la que mediante una interpretación social de los términos - libertad y propiedad de la enmienda 14 ofrecía más posibilidades.

¿Hasta qué punto el T.S. ha permitido, por una u otra vía, la constitucionalización de los welfare rights?

A.- PRE-DELIMITACION CONCEPTUAL.

Hasta ahora hemos venido utilizando el término welfare rights. No pretendo definirlo. Simplemente me he limitado a reproducir la terminología académica. Ahora bien, tampoco - en su versión "científica" norteamericana tiene el término una delimitación conceptual clara; sin embargo, existe un cierto consensus en los que el término abarca. En primer lugar, incluye los derechos típicos de la seguridad social -- que son los welfare rights por excelencia. Pero también incluye ciertos derechos sociales como son típicamente los de servicios públicos (agua, gas, electricidad), los de vivienda, el derecho al trabajo y el derecho a la educación.

A este contenido plural, cuyo denominador común reside en (A) el carácter prestacional versus de mera libertad de estos derechos y (B), obviamente, un cierto consensus en su trascendencia (13), es a lo que me refiero y referiré al ha

blar de welfare rights.

B.- LOS INTERESES FUNDAMENTALES ACTUALMENTE RECONOCIDOS.

Uno de los aspectos más activistas del Tribunal Warren fue la "fundamentalización" de determinados intereses cuya regulación por ley motivaba un examen estricto de constitucionalidad.

El tema ha sido ya tratado en otro lado por lo que no vamos a insistir en su estudio (14) sino en lo que ahora — nos afecta.

Entre esos intereses fundamentales se encuentran tres que fueron los que desencadenaron la idea de constitucionalización de los welfare rights: acceso a la justicia, el derecho de voto y el derecho al libre movimiento interestatal.

B:1.- Acceso a la justicia.

Desde Griffin v. Illinois (15), donde el T.S. — obligó a los Estados a proporcionar gratis una copia — de las actas judiciales del proceso en 1ª instancia para facilitar la apelación al condenado en un proceso — penal, el enjuiciamiento criminal en sí mismo pasó a — ser un interés fundamental. Griffin inauguró una línea de casos donde existen numerosas dicta que tienen prima facie una potencialidad expansiva más allá del citado interés fundamental de un proceso penal justo, ya — que el enfoque del tema, por la mayoría del T.S., consistía en su examen como casos de discriminación contra indigentes (16): "en los procesos penales un Estado no puede discriminar por razones de indigencia como no puede hacerlo por razón de religión o raza (17) ...; "no puede haber justicia igual para todos si el tipo — de juicio a que se somete un individuo depende de la —

cantidad de dinero que tiene (18)". El enjuiciamiento criminal, por tanto, es excepcional pues se encuentra fuera del resto de "las contingencias de la vida que difícilmente abarca el poder y mucho menos el deber -- del Estado de corregir y mitigar (19)".

Sin embargo, esta corriente jurisprudencial se ha tornado en una de due process alejada de una aplicación generalizada del principio de gratuidad de la justicia como consecuencia del principio de igualdad.

Douglas v. California (20) siguió en la línea anterior al extender por motivos de igualdad, frente a la condición social, el nombramiento de abogado defensor para la apelación.

Sin embargo, el principio de igualdad acabó ahí -- su carrera. A partir de entonces el T.S. aplicó el due process: la denegación de servicios, ¿constituye en este caso concreto una injusticia?. Y el argumento que antes era voto particular (21) ha pasado a ser el argumento de la mayoría. El T.S. así ha limitado el nombramiento de abogado no extendiéndolo a apelaciones o recursos discrecionales (22) y ha sostenido leyes que obligaban a los indigentes presos a reembolsar los gastos hechos por el Estado (23). Ha extendido, basado en el due process siempre, el principio de la gratuidad de la justicia al proceso civil, pero sólo para las acciones de divorcio (24) y los tests sanguíneos en las de filiación (25) y no, en cambio, para los procedimientos de concurso-quiebra (26), el nombramiento de abogado para los juicios de filiación (27) o, en general, los procesos de revisión de actos administrativos denegadores de beneficios de la seguridad social (28).

Comparando este último caso con el de las deman--

das de divorcio se ve claramente como la posición inicial del T.S., basando sus fallos en el principio de igualdad frente a la indigencia, se ha tornado en una de enfoque individual que atiende sólo a la sustancia (irrelevancia para el T.S.) del proceso (29). Para el T.S., "el interés consiste en la percepción de la seguridad social tiene mucha menos relevancia que el interés personal (en los casos de divorcio) (30)".

Sólo dos casos del Tribunal Burger parecen haber seguido teniendo en cuenta el factor de la igualdad generalizada frente a la indigencia: Williams v. Illinois (31) y Bounds v. Smith (32).

El primero de ellos declaró inconstitucional una ley estatal que indicaba que el caso de impago de una multa la pena a imponer sería la de prisión para "trabajar a fin de pagar las obligaciones" a una tarifa de 5\$/día.

A primera vista, el enfoque del T.S. parece indicar la expansión del principio de no discriminación -- por razón de la condición económica (33). Sin embargo, el motivo más fuerte parece ser, más bien, el de que el total de días de encarcelamiento impuesto en ese caso concreto excedía del máximo admitido en la ley general tipificadora del delito (34), sin plantearse para nada la sentencia mayoritaria, de C. J. Burger, el problema de la aplicación de las leyes con pena alternativa, multa o prisión, a discreción del tribunal sentenciador, dirección a la que la aplicación estricta de la cláusula de igualdad apuntaría, ya que así ha sucedido cuando lo "sospechoso" no es la condición económica sino la raza o el sexo (35).

Bounds v. Smith (36) es todavía más curioso ya -- que su fallo obligó a una prisión a proveer a los re--

clusos con bibliotecas jurídicas adecuadas o con la -- asistencia necesaria de personal "entrenado en el manejo de las leyes".

En este caso, aparentemente, el acceso a la justicia se convirtió en una prestación positiva gratuita -- generalizada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estamos en el ámbito de las prisiones, en el que el T. S. aplica unos estándares de constitucionalidad mucho más rígidos de lo normal (37) y, sobre todo, que, como ha puesto Frug de relieve, "de hecho, el sistema de la instalación de una biblioteca había sido sugerido por el propio Estado y era mucho menos caro y más limitado que lo que los demandantes pedían (38)": tenía, por -- tanto, un matiz claro de litigiosidad referida sólo y exclusivamente al remedy aplicable, campo donde la flexibilidad de normas es mucho mayor. El propio T.S. sugirió otras alternativas nada costosas como el del sistema de estudiantes de Derecho que voluntariamente se prestan a llevar los recursos de los reclusos (39). El T.S. no impuso, por tanto, una obligación prestacional directa del calibre que el mero fallo parece sugerir.

B:2.- El derecho de voto.

El mismo tipo de situación encontramos en la línea jurisprudencial que anuló todas las franquicias -- electorales restrictivas del derecho de voto.

Harper v. Virginia Board of Elections (40) fue el primer caso que consideró el derecho de voto en elecciones estatales como un interés fundamental (41), anulando el requisito del pago de un impuesto especial para el ejercicio de tal derecho. La sentencia mayoritaria, de J. Douglas, contiene declaraciones generales -- muy amplias: "la condición económica, al igual que la

raza, el credo o el color, no está relacionada con la habilidad de votar inteligentemente en el proceso electoral. Las líneas trazadas en función de la condición económica o la propiedad, como las trazadas en razón de la raza, son desfavorecidas tradicionalmente".

Parece, por consiguiente, que tanto la doctrina del interés fundamental como la de la clasificación -- sospechosa jugaban realmente un papel importante (42). Sin embargo, sólo el derecho de voto acabaría teniendo relevancia a estos efectos (43), pudiendo considerarse dicta las menciones del carácter sospechoso de la condición económica cuando no se yuxtaponían a este interés fundamental.

B:3.- La libertad del movimiento interestatal.

Este interés fundamental ha proporcionado al T.S. la ocasión de defender la inconstitucionalidad de normas que prima facie si que aparentemente se basan pura y simplemente en la discriminación por razón de la condición económica.

Sin embargo, el T.S. parece que ha dado más importancia al elemento de restricción del movimiento (right to travel) que al de la supresión de beneficios sociales que primariamente parecía motivar los fallos.

Shapiro v. Thompson (44) fue el primer caso y es indudablemente el más interesante.

El T.S. declaró inconstitucional toda norma que denegara asistencia social a los residentes que hubieran vivido menos de 1 año en el territorio del Estado que la promulgó. La sentencia mayoritaria encontró que el único fin de la legislación era dificultar la immi-

gración de indigentes: "la privación de seguridad social de la que puede depender la capacidad de los familiares para obtener los medios elementales de subsistencia -comida, refugio y otras necesidades vitales- - (45)" no puede basarse en el simple interés de protección del Fisco. Pese a que se pretanda distinguir entre los nuevos y viejos residentes en función de que éstos hayan contribuido más mediante el pago de impuestos a la recaudación de los fondos, "este argumento ~~+~~ llevaría lógicamente a permitir a los Estados prohibir a los nuevos residentes entrar en sus escuelas, parques y bibliotecas o incluso denegarles la asistencia de los bomberos o de la policía. En realidad, permitiría al Estado distribuir sus beneficios y servicios públicos según la contribución anterior en impuestos de sus ciudadanos. La cláusula de igualdad prohíbe este tipo de distribución de servicios (46)".

Pese a que se trata del interés fundamental de libre movimiento, qué duda cabe de que en la sentencia mayoritaria, de J. Brennan, se atisbaba una teoría del mínimo prestacional a nivel constitucional (47), pese a que el propio T.S. lo haya interpretado simplemente no como un caso de igualdad sino como un caso de inconstitucionalidad de la carga excesiva en el ejercicio de otro derecho constitucional distinto (el de libre movimiento) reconocido por otras normas constitucionales (48).

En todo caso, hoy en día el derecho al libre movimiento interestatal, no internacional que está mucho más restringido (49), es un interés fundamental con independencia de que las trabas se basen o no en la discriminación de indigentes. Incluso los miembros de mente más igualitaria del tribunal, típicamente J. J. Marshall y Brennan, resaltan más el aspecto de libertad del movimiento que el de discriminación por razón

de la condición económica (50). De todas formas, siempre puede decirse, con Clune, que lo que en realidad pesa para estos dos jueces no es el hecho del movimiento interestatal en sí mismo, sino el que se cierran -- las posibilidades a la escapada de los círculos de pobreza; y las vías de escape se cierran igual retrasando beneficios de la seguridad social que retrasando acciones de divorcio (51) o el ejercicio del derecho de voto (52).

Hay, sin embargo, otra sentencia muy en línea con los dicta de Shapiro: Memorial Hospital v. Maricopa County (53). La sentencia mayoritaria en este caso anuló una ley de Arizona que requería un año de residencia en un condado como condición para la prestación a indigentes de asistencia sanitaria u hospitalización gratuita en casos no urgentes. J. Marshall delineó no un derecho de viaje, sino un derecho a la migración interior que no puede ser penalizado. La privación de -- las necesidades de la vida constituiría entonces uno de los casos de penalización. No se trataría del reconocimiento de un derecho constitucional a la satisfacción de esas necesidades, sino de que éstas jugarían como "hecho determinante (54)" para el control de un concepto jurídico indeterminado como lo es el de la "penalización excesiva del ejercicio de un derecho --- constitucional" o, si se prefiere, la "carga" de dicho ejercicio.

Con el derecho al libre movimiento interestatal -- acaba la lista de intereses fundamentales alegables para que la cláusula de igualdad genere un examen más estricto de constitucionalidad de la norma. Fuera de estas posibles combinaciones resulta obvio que jamás el T.^o ha reconocido que la condición económica sea clase sospechosa, pese a la opinión de J. Douglas en Har-

per v. Virginia Board of Elections (55). No sólo no lo ha reconocido, sino que lo ha denegado sistemáticamente en todos los intentos posteriores de "fundamentalizar" otros intereses.

C.- EL NO RECONOCIMIENTO DE OTROS INTERESES FUNDAMENTALES.

C:1.- Los servicios públicos básicos.

Jamás el T.S. ha admitido abiertamente que exista un derecho a la prestación de servicios básicos como son los equivalentes a los mínimos municipales del ordenamiento local español.

Pese a ello, existen también numerosos dicta.

Aparte del que ya hemos recogido de J. Brennan en Shapiro (56), que puede interpretarse no como un derecho al servicio sino como un derecho a la no discriminación en la prestación del servicio, se han encontrado atisbos de esta teoría en National League of Cities v. Usery (57), el caso que resucitó la teoría de las competencias estatales frente a la cláusula de comercio federal. Los profesores Tribe (58) y Michelman (59) son quienes lanzaron una ofensiva que no ha tenido en realidad gran acogida ni siquiera en el mundo académico, a no ser por la del elogio de su originalidad.

Efectivamente, el citado caso anulaba la regulación federal de jornada máxima y salario mínimo de los funcionarios estatales por entender que regulaban funciones típicamente soberanas: la autoorganización mínima que el ejercicio de toda soberanía requiere.

Este concepto de soberanía se basa en la atribución a los Estados de unas "funciones gubernamentales -

por naturaleza" sin cuya existencia y auto-regulación, el concepto de soberanía sería un vacío. Pues bien, en la descripción de esas "funciones públicas por excelencia" el T.S. usó el siguiente lenguaje: "(La aplicación de las normas cuya constitucionalidad se discute) significativamente altera o modifica las competencias estatales de estructuración de las relaciones laborales en áreas tales como la prevención de incendios, policía, sanidad y salubridad públicas y parques y recreos. Para el ejercicio de estas funciones es para lo que se crean gobiernos; estos son los servicios que los Estados han prestado tradicionalmente a sus ciudadanos. Si el Congreso priva a dichos Estados de la autoridad para tomar las decisiones básicas en materia de empleo, decisiones de las que depende la eficaz satisfacción de estos servicios, creemos que quedará muy poco de la existencia separada e independiente de los Estados (60).

Para los autores citados lo que es inconstitucional no es el antifederalismo de la ley promulgada por el Congreso, sino la legislación que pone en peligro la prestación de servicios básicos.

Naturalmente, tanto Tribe (61) como Michelman (62) han admitido mucho después que en ningún momento ha reconocido el T.S. la existencia de servicios públicos con la categoría de derechos constitucionales, pero ambos ven en National League of Cities una de las formas de quasi-constitucionalización sobre las que volveremos más tarde (63).

Otro de los aspectos de estos servicios públicos que recientemente ha protegido el T.S. es el procedimental. Como es sabido, sólo cuando el interés personal (liberty) o patrimonial (property) de la enmienda

número 14 es suficientemente relevante (64), impone el T.S. requisitos procedimentales que, de otra forma, serían plenamente regulados por la ley estatal. Pues bien, a partir de 1978, con Memphis Gas, Light and Water Division v. Kraft (65), la prestación de estos servicios públicos de gas y electricidad constituye uno de los intereses patrimoniales con relevancia constitucional suficiente como para motivar la inconstitucionalidad del cese de su prestación por impago de un recibo sobre el que existe una disputa de buena fe. La especial necesidad de requisitos procedimentales (audiencia y motivación), además de los remedies ordinarios del common y statutory law (lo que aquí sería la jurisdicción revisora contenciosa), se debe a la trascendencia que dichos servicios tienen en el mundo moderno: "Pese a que (con los remedies tradicionales) se logre restablecerlos, la suspensión de estos servicios esenciales durante un cierto período de tiempo tiene el carácter de grave deprivación (de la propiedad)... Los servicios de agua, gas y electricidad son una necesidad de la vida moderna; no cabe duda de que la suspensión de la prestación de agua o calor, aun por períodos muy breves de tiempo, puede suponer una amenaza para la salud y la seguridad".

Ni qué decir tiene que Memphis no incorpora derechos sustantivos, aunque sí da suficiente relevancia -quasi-constitucional, a efectos procedimentales, provocando su judicialización como posteriormente veremos - (66), a este tipo de intereses.

C:2.- La vivienda y el urbanismo.

El campo de la vivienda es otro de los que tradicionalmente han sido incluidos en el concepto genérico de welfare rights.

La postura tradicional del T.S. es la de eludir el tema de las Ordenanzas Urbanísticas, potencialmente explosivo por el número de litigios que podría generar en el futuro. Esta postura se pone de manifiesto principalmente en lo que a la aplicación de la cláusula expropiatoria de la enmienda número 5 se refiere (67). Fue precisamente en este campo donde el T.S. introdujo la necesidad de prueba de la intención discriminatoria para -- apreciar la existencia de discriminación racial (68) y donde el Tribunal Burger, dando marcha atrás respecto - de líneas jurisprudenciales más amplias, limitó de nuevo el concepto de legitimación (69).

Sin embargo, paradójicamente, ha sido uno de los - campos donde la afirmación de otros derechos, como los de la primera enmienda, no ha hecho dudar al T.S. para nada en entrar a enjuiciar Ordenanzas Urbanísticas (70) y donde el nuevo substantive due process ha logrado hincar el diente en nombre de la tradición. Moore v. City of East Cleveland (71) declaró inconstitucional una Ordenanza que limitaba el número de posibles moradores de las viviendas a determinados familiares (72). El substantive due process no constitucionalizó en absoluto el "derecho a la vivienda", sino el derecho a la asociación familiar, basando el concepto de familia en la tradición, con lo que resultaba un tipo de familia más --- bien extensa.

La no constitucionalización del derecho a la vivienda, de todas formas, era un hecho dado ya que, pese a la alegación de infracción del substantive due process en su aspecto de derecho a la intimidad y del derecho - de asociación de la primera enmienda, el T.S. había admitido 3 años antes la constitucionalidad de la limitación por Ordenanza de los posibles moradores de una zona a individuos {relacionados familiarmente} (73)".

El T.S. había sido incluso más tajante en dos casos clave de los que el Tribunal Burger se sirvió precisamente para cortar de raíz la tendencia de los dicta del Tribunal Warren de declarar sospechosas las clasificaciones por razones de condición económica: James v. Valtierra (74) y Lindsey v. Normet (75).

El primero de los casos citados fue suscitado por una de las modalidades de aplicación estatal de la United States Housing Act de 1937 (76).

En California, de donde procede el caso, existía, y existe, tradicionalmente la iniciativa-referendum para aprobar o modificar todo tipo de legislación. Su Tribunal Supremo declaró en 1950 que las decisiones de las autoridades locales relacionadas con la búsqueda de fondos federales para la vivienda eran actos administrativos, no legislación, con lo que quedaban fuera del alcance modificador de estas formas de democracia directa. Pocos meses después, se modificó el artículo 34 de la Constitución con la finalidad de incluir estas decisiones en el campo de la iniciativa-referendum, ordenando que las autoridades públicas no podrían planear, ejecutar ni adquirir ningún proyecto de vivienda social (77) hasta que fuera aprobado por la mayoría de los electores de las subdivisiones territoriales a las que la Ordenanza afectara.

El citado artículo 34 de la Constitución de California ofrece, pues, todos los rasgos de discriminación por razón económica en un interés básico como lo es el de la vivienda.

De iure, sin embargo, la clasificación no parece discriminar (78) ya que simplemente somete decisiones de gran trascendencia al proceso mayoritario, no sien-

do el único ejemplo, pues, en California también está institucionalizado el referendum obligatorio para las enmiendas a la Constitución, para la emisión de Deuda Pública y para ciertas anexiones territoriales. Si el Estado puede requerir especiales garantías para determinados actos, puede someter también a estos procedimientos la planificación con vistas a la construcción de viviendas sociales, siempre que no esté motivado racialmente (79). En suma, "los preceptos que hacen un referendum obligatorio muestran la devoción por la democracia, no prejuicio o discriminación (80)".

Sin embargo, como J. J. Marshall, Brennan y Blackmun pusieron de relieve en el voto particular del primero, "el artículo aísla explícitamente a personas de baja renta y las somete a una carga. Los ancianos, veteranos de guerra, empleados públicos, personas de ingresos moderados o cualquier otra clase de ciudadanos que no sean los pobres pueden ser asistidos públicamente en la financiación-adquisición de la vivienda sin necesidad de este requisito procedimental".

La discriminación es, por tanto, de iure y muestra todas las características que elevaron el factor racial a la categoría de "sospechoso", señalando expresamente a una minoría discreta y aislada (81).

El caso no implica, pues, ni más ni menos, que el rechazo expreso de la inclusión de la discriminación por razón de condición económica dentro de la categoría de las clasificaciones sospechosas y, por ende, de la aplicación estricta del principio de igualdad de la enmienda número 14.

Por si quedaban dudas, poco después vino Lindsey v. Normt (82) donde el T.S. rechazó también expresamente la segunda vía en pro de la posibilidad de examen -

estricto de constitucionalidad: la del interés fundamental.

Lindsey es un caso complejo pues engloba, junto a la alegación de inconstitucionalidad por infracción de la cláusula de igualdad, otro tipo de temas (83). Por lo que ahora nos afecta, el esquema legal atacado era la regulación de Oregon del proceso de desahucio en los arrendamientos, ya que no sólo se distinguía claramente del resto de los procesos especiales, sino que lo hacía con grave desequilibrio desfavorecedor de los arrendatarios (84).

La mayoría del T.S. declaró ahora ya sin ambages - que "la Constitución no proporciona remedios judiciales para cada enfermedad social o económica (85). Somos incapaces de extraer de este documento garantía constitucional alguna de acceso a moradas de determinada calidad ... En ausencia del mandato constitucional, la seguridad de una vivienda digna y definición de las relaciones arrendaticias son función legislativa y no judicial".

El último intento de hacer cambiar al T.S. lo constituyó Warth v. Seldin (86), donde el T.S. denegó por falta de legitimación acción para impugnar una Ordenanza que hacía imposible a ciudadanos de rentas inferiores o incluso medias vivir en Penfield, ciudad suburbio de Rochester (New York). La opinión mayoritaria no encontró suficiente legitimación en cuatro ciudadanos que alegaban haber intentado buscar allí viviendas, en los contribuyentes de Rochester, que se veían perjudicados al tener que construirse en el área metropolitana la casi totalidad de esas viviendas, ni tampoco a asociaciones entre las que se encontraban dos cuyos proyectos habían sido rechazados.

Si se compara la rigidez de los requisitos exige--

dos en este caso a efectos de legitimación con los generales hasta entonces requeridos (87) y especialmente con los requeridos posteriormente en otros casos de Ordenanzas que afectan a otros valores constitucionales, como en Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corp. (88), se puede perfectamente llegar a la conclusión, - con quienes emitieron el voto particular (89), de que "la opinión que aleja de los tribunales a prácticamente todo tipo de demandante concebiblemente dañado por el acto inconstitucional, sólo puede explicarse teniendo en cuenta la indefensible hostilidad de la mayoría hacia el fondo. Entiendo que el T.S. no tenga ganas de enjuiciar las cuestiones complejas y difíciles que presenta el caso y que el fondo del asunto tiene graves implicaciones sociológicas y políticas. Pero los tribunales no pueden negarse a enjuiciar el fondo de un caso simplemente porque prefirirían no hacerlo".

Esta línea jurisprudencial, sobre todo los que se quitan de encima el problema del llamado "exclusionary zoning (90)", ha dado lugar a que los tribunales estatales comiencen a reconocer estos derechos a los ciudadanos de pobre condición económica basándose en el derecho estatal, para evitar que el T.S. revise sus sentencias.

El caso más espectacular hasta el momento ha sido Southern Burlington County NAACP v. Mount Laurel (91). El caso implicaba un ataque a la constitucionalidad -- del sistema de regulación de uso del suelo de la Township of Mount Laurel fundamentado en que excluía ilegalmente de la municipalidad a familias de rentas baja y moderada. El Tribunal Supremo de New Jersey no dudó en conceder legitimación (92); en "considerar el caso desde el punto de vista más amplio de que la Ordenanza intenta prevenir que vivan en Mount Laurel ciudadanos de renta limitada (con independencia de que sean mino-

rías raciales) (93)"; en afirmar que las Ordenanzas so
bre uso del suelo "deben hacer posible la oportunidad
(de vivienda) para una cantidad apropiada de catego-
rías de personas que quieran vivir allí (94)" y que --
"la zonificación municipal debe intentar en primer lu-
gar el bienestar de los vecinos de la comunidad y no --
el beneficio del aumento de valor de la propiedad para
procurar un mayor impuesto real y sanear así las Ha-
ciendas municipales (95)"; y ^{en} encontrar un remedy apro-
piado que dejara a la municipalidad elaborar por sí so
la las reformas necesarias al plan sin necesidad de su
nulidad total y de su reelaboración por órganos judi-
ciales (96). Todo ello, "por Derecho estatal sin ser --
necesario, por tanto, entrar en la consideración de --
los argumentos constitucionales federales alegados por
los demandantes (97)".

Quizás por esta vía acabe, por tanto, produciéndose
se, poco a poco, el consensus necesario para la nacio-
nalización posterior del derecho a la vivienda por el
T.S. (98).

C:3.- Los derechos al trabajo y a la estabilidad en el
empleo de los empleados públicos.

La reciente constitucionalización de gran parte --
del derecho de las relaciones funcionariales (99) in-
cluye la de la consideración o no de la naturaleza de
la relación laboral como derecho, o al menos interés,
de rango suficientemente relevante.

Qué duda cabe de que el aspecto más importante ha
sido la limitación del spoils system a las categorías
responsables de la toma de decisión (100); sin embargo,
la única consideración que el T.S. tuvo en cuenta fue
la de la expansión de la libertad de expresión-asocia-

ción de la primera enmienda, no recibiendo rango constitucional alguno los derechos de carácter social ---- (101).

Pese a ello, sería falso aislar totalmente a ---- Elrod y Branti del conjunto de decisiones del Tribunal Burger en esta materia o incluso de líneas jurisprudenciales anteriores que en su conjunto han hecho posible que Gunther pueda afirmar que "los casos de la segunda mitad del siglo XX parecen indicar que, aunque un individuo no tenga derecho a un empleo público ... ciertas garantías sustantivas constitucionales le protegen ---- cuando el gobierno intenta cesar la relación jurídica (102)".

La alusión de Gunther lo es a todos los casos de los años 50 y 60 en que el T.S., tras una postura totalmente permisiva hacia otros poderes públicos (103), cambió de línea (104), declarando inconstitucional la obligación como condición de empleo de manifestar las opiniones políticas. Parte de esta línea jurisprudencial se fundamentó en el procedural due process, tratando de limitar los despidos sumarios de funcionarios que se negaban a manifestar sus actividades políticas (105). Más modernamente ha sido también por la vía del procedural due process por la que el interés consistente en la estabilidad en el empleo se ha incorporado al término "propiedad" de la enmienda número 14.

El origen de esta corriente, rechazada posteriormente, como veremos, por el T.S., está en el "doblete" enjuiciado en 1972: Board of Regents v. Roth (106) y - Perry v. Sindermann (107).

En el primero de ellos, a Roth, profesor contratado por la Universidad de Winsconsin-Oshkosh durante un

año, no le fue renovado, sin explicación alguna, el -- contrato. Roth alegó que se debía a ciertas afirmaciones críticas hacia la dirección de la Universidad, por lo que entendía que la decisión era contraria a la libertad de expresión y, a la vez, que la falta de motivación infringía el due process. Pues bien, el T.S. negó que la simple expectativa de renovación de empleo -- fuera un interés patrimonial o personal suficientemente relevante para motivar la aplicación de la enmienda número 14, distinguiendo el caso de los supuestos de -- empleo realmente ostentado indefinidamente (con tenure) enjuiciados en la década de los 50.

Perry v. Sindermann (108), el caso compañero de -- Roth, se encuentra en el límite entre la jurisprudencia de los años 50 y 60 y la fijada en éste último. A primera vista, la situación era idéntica a la de Roth pero Sindermann logró probar que el college para el -- que trabajaba tenía un programa de tenure de facto, -- programa en el que varios años de servicios equivalía prácticamente al tenure. El T.S. sí que apreció en este último caso la existencia de un interés patrimonial suficiente a efectos de garantizar el procedimiento de bido.

La estabilidad en el empleo seguía funcionando, -- pues, como, al menos, un interés constitucional a los efectos del due process.

Sin embargo, en los años posteriores, el T.S. ha procedido a "desconstitucionalizarlos" por la vía de -- referir el contenido del due process (motivación y audiencia básicamente) a la regulación de rango legal federal o estatal.

Arnett v. Kennedy (109) abrió el camino. La -- mención del término "propiedad" en la enmienda número 14

plantea un problema parecido al que tiene lugar con la aplicación de la cláusula expropiatoria (110). ¿Quién define su contenido?. El enfoque dado por el T.S. hasta entonces consistía en fijarse en el tipo de interés patrimonial en sí, con independencia de su contenido. Sin embargo, en Arnett el T.S. apreció que el derecho sustantivo (relación funcional) puede estar inextrincablemente unido a sus garantías procedimentales - de manera que éstas formen parte de las facultades-potestades ... etc. que dotan realmente de contenido al derecho. En este caso, la ley federal otorgaba un derecho (empleo) sometido a un especial procedimiento de cesación (con motivación, pero sin necesidad de audiencia) que para el T.S. formaba parte del contenido mismo del interés patrimonial sustantivo, con lo que la "propiedad" (es decir el interés patrimonial) no se veía realmente afectado al ser por sí mismo un derecho o interés condicionado (la condición: la falta de audiencia, que forma parte del propio contenido del derecho). La sentencia, sólo plural y no mayoritaria (111), hizo que este análisis fuera objeto de matización y revisión en Bishop v. Wood (112) donde, ahora sí, una mayoría de miembros del T.S. aceptó este enfoque "desconstitucionalizador" del interés patrimonial consistente en la estabilidad en el empleo, haciendo suya la interpretación de un reglamento hecha por un tribunal federal de distrito en el Estado donde se encontraba la corporación promulgadora. Esta interpretación venía a indicar que el funcionario "conservaba su empleo a voluntad de la ciudad" por lo que, para el T.S., no había interés patrimonial suficiente en su cesación pese a que la letra de la Ordenanza parecía precluir las causas de despido y pese a que no se le diera oportunidad al funcionario de "limpiar su imagen" en un trámite de audiencia.

Si los casos del procedural due process manifiestan una tendencia contraria a la constitucionalización de la estabilidad en el empleo (113), mucho más lo han hecho los casos en que se ha intentado reconducirlo a la categoría de "interés fundamental" para la aplicación de la cláusula de igualdad.

El Tribunal Burger ha rechazado la aplicación del examen estricto de constitucionalidad, aplicando, por tanto, el de mera racionalidad como si se tratara de legislación puramente socio-económica.

En Board of Retirement v. Murgia (114) sostuvo -- una ley de Massachusetts declarando obligatoria la jubilación de la policía a los 50 años de edad, indicando explícitamente que "las sentencias de este Tribunal no proporcionan base alguna para avanzar la idea de -- que las relaciones de empleo público sean per se un interés fundamental"; ello pese a las protestas de J. -- Marshall de la fundamentalidad del "derecho a ganarse la vida en la profesión de su elección" y "del carácter sospechoso de la clase constituida por los trabajadores de avanzada edad frecuente y arbitrariamente discriminada en el empleo".

Lo mismo hizo el Tribunal Burger posteriormente -- con la edad de jubilación (60 años) para los funcionarios adscritos al cuerpo diplomático (115).

No debe olvidarse, sin embargo, que gran parte de las relaciones laborales se encuentran hoy "constitucionalizadas", pero no por la labor de los tribunales sino por la del Congreso al haber éste promulgado el -- Título VII de la Civil Rights Act de 1964. La no discriminación en el empleo, es decir, la aplicación al -- campo del trabajo del principio de igualdad, ha sido, pues, objeto de desarrollo legislativo directamente en

troncado con la Constitución al ampararse en los poderes federales derivados de la cláusula de comercio.

La no discriminación alcanza igualmente a los que abandonan el empleo (116) o no pueden aceptar otro --- (117) por motivos religiosos, esta vez por interpretación constitucional judicial de la cláusula de libertad religiosa de la primera enmienda (118).

Conviene resaltar, igualmente, que el campo del empleo es uno de los utilizados recientemente por el Tribunal Burger para recortar la inmunidad parlamentaria del artículo I, sección 6 de la Constitución. Efectivamente, en Davis v. Passman (119) una mujer que formaba parte del personal administrativo de un diputado del Congreso reclamó daños y perjuicios acusándole de discriminación sexual. Pese a que el Título VII de la Civil Rights Act de 1964 no alcanza a los miembros del Congreso, J. Brennan no dudó en derivar directamente de la enmienda número 5 (120) una acción de daños y perjuicios (121).

Finalmente, existe otro área donde el derecho al trabajo, al combinarse con una clasificación sospechosa, suele generar la inconstitucionalidad de la norma. Independientemente de los casos en que lo examinado es una combinación de discriminación por razones de sexo en materia laboral (122), uno de los factores típicos que se ha combinado con el derecho al empleo ha sido la discriminación de los extranjeros. La extranjería como categoría sospechosa ha dado lugar a un control intermedio de constitucionalidad, pero la eficacia de este control normalmente ha dependido de si la cuestión había sido o no federalizada pues el Congreso siempre ha tenido mayores potestades que los Estados en este campo (123). En los primeros años de su calificación como categoría sospechosa (124), el T.S. sostu-

vo la inconstitucionalidad de la exclusión por los Estados de los extranjeros de la práctica de la abogacía (125) y de la aspiración a empleos públicos de carácter no decisorio (126), línea que siguió con la anulación de la exclusión de los extranjeros de la práctica de la ingeniería (127) y, en general, en el campo educativo, con anulación de la exclusión de la concesión de becas (128).

Sin embargo, a partir de 1928, el T.S. comenzó a configurar una área cada vez mayor de funciones gubernamentales estatales excluidas a los extranjeros, desde la policía (129) hasta la enseñanza (130).

En el campo federal, el T.S. ha dado incluso lugar a la anulación de normas administrativas que limitaban el funcionariado a los nacionales como contrario al procedural due process (131).

Esta versión del derecho al trabajo, sin embargo, es más clásica ya que se trata más de un aspecto de libertad de trabajo que de prestación. Este aspecto de libertad siempre fue tradicional en el T.S. desde los orígenes del substantive due process y de la propia cláusula de igualdad (132).

No ocurre lo mismo con otro tipo de control intermedio, el de las presunciones iuris et de iure (133), que ha dado lugar a la anulación por inconstitucional de despidos de profesores por embarazo en Cleveland -- Board of Education v. La Fleur (134), situación que implica la continuación de una previa prestación. De todas formas no es tanto en estos casos tampoco el derecho constitucionalizado el derecho al trabajo sino simplemente la autonomía personal, derivación del substantive due process, implícita en la protección de toda embarazada (135).

C:4.- El derecho a la educación.

Los intentos de declarar a la educación interés fundamental han sido numerosísimos. De hecho, la educación ha sido objeto de enfoque desde diversos puntos de vista totalmente distintos.

En primer lugar, la libertad de elección del centro o la libertad de establecimiento de centros escolares privados, así como la libertad de enseñanza en general, fue objeto de reconocimiento constitucional, como derecho incluido en el substantive due process, desde principios de siglo (136).

En segundo lugar, desde Brown v. Board of Education (137), la educación parecía tener un aura especial a la hora de aplicar la cláusula de igualdad.

En tercer lugar, su yuxtaposición al principio de igualdad puede dar origen a dos tipos distintos de reclamaciones: la de la prestación en sí del servicio público (educación como minimum) o la de su estandarización (igualdad de fondos por alumnos para todas las escuelas públicas).

Pues bien, sólo en el último de estos aspectos es en el que no se reconoce el carácter de interés fundamental.

Pese a lo que pueda parecer, ambas últimas posibilidades fueron enjuiciadas en San Antonio School District v. Rodriguez (138), uno de los casos más célebres de la pasada década.

El caso venía preparándose cuidadosamente, intentando conseguir un buen número de sentencias de tribu-

nales federales inferiores y de tribunales estatales, para que el T.S. pudiera entrar a fondo en el tema --- (139). La literatura acerca de este problema también --- había estudiado y atacado a fondo la estructura de la educación pública en todos los Estados de los Estados Unidos (140) e incluso en algunos de éstos, parte del establishment se mostraba, en cierto modo, de acuerdo con la necesidad de reforma (141).

La uniformidad de demandas provenía de la uniformidad de organización de la estructura de las escuelas públicas. Todos los Estados tenían y tienen un sistema que se basa en la financiación del servicio por los --- propios distritos escolares mediante la imposición en la propiedad local (142). Ello implica una delegación a subdivisiones territoriales inferiores, como son los distritos escolares (143), lo que a su vez llama al --- principio del "localismo" como igual al del "federalismo". ^{se} ~~implicando~~, igualmente problemas de búsqueda del remedy adecuado, lo que llamaba a su vez a nociones --- sustantivas de la función judicial, y ~~al~~ hecho de que el problema plantea directa y exclusivamente la discriminación por razón de la condición económica, donde un mínimo de prestación siempre existe, ^{se daban} ~~factores~~ que hacían el caso muy difícil para los promotores de la --- igualdad en la educación.

El T.S. rechazó abiertamente el tema, siendo San Antonio en el campo de la educación el equivalente a --- Lindsey v. Normet (144) o James v. Valtierra (145) en el área de la vivienda o a Dandridge v. Williams (146) en el de la seguridad social. Por ello, algunos Estados, en sentencias posteriores o incluso anteriores --- han optado abiertamente por sostener la inconstitucionalidad de la financiación basada en el impuesto sobre la propiedad fundamentándola en la propia Constitución

estatal y no en la federal (147).

San Antonio se basa en dos tipos de fundamentos.

En primer lugar, los institucionales. Efectivamente, en la opinión mayoritaria (148) se contienen afirmaciones como la siguiente (149): "(A) La formulación de sistemas impositivos requiere expertos no familiarizados con los problemas de la vida local, familiaridad de la que carecen los jueces del T.S. (150); (B) En -- concreto, la financiación y administración levanta problemas controvertidos no debiendo el T.S. imponer "frenos constitucionales inflexibles" a la experimentación de los Estados (151); (C) Se limita el principio federal si se "remueven los sistemas de financiación de la educación pública actualmente existentes en práctica--mente todos los Estados (152)". En general, todo el párrafo IV de la sentencia está dedicado al tema del localismo-federalismo.

Qué duda cabe, pues, de que el T.S. estaba realmente preocupado ante la idea de ver a los jueces federales de distrito "inventando" sistemas de financiación escolar. Se trata así de uno de los casos típicos en -- que la mezcla de federalismo-localismo-función típicamente judicial (153) limitaba las posibilidades del T. S.

En segundo lugar, el fundamento sustantivo tiene la clásica división de enfoque: clasificación sospechosa-interés fundamental (para ver si se aplica el examen estricto de constitucionalidad) y racionalidad ante la inexistencia de los anteriores.

La ausencia de la primera se basa en la interpretación de la situación fáctica como una desigualdad en

tre distritos, lo que hace imposible considerar al distrito en general como categoría sospechosa.

La ausencia del segundo, en la carencia de nexo - entre la educación y algún derecho explícita o implícitamente reconocido en la Constitución.

Ambos análisis contienen, sin embargo, dos afirmaciones relevantes: (A) La ausencia de categoría : sospechosa se basa, negativamente, en que nunca se discute que se deje de prestar un mínimo de servicio, llegando incluso a afirmar la sentencia hasta seis veces al menos que la resolución del caso sería otra si gentes -- sin dinero fuera incapaz de pagar la educación pública; (B) La ausencia del interés fundamental se basa en que si se reconociera a la educación ese carácter ... "¿cómo distinguirlo del interés personal en la consecución de un nivel de vivienda y subsistencia decente?". Volvemos sobre ambas matizaciones (154).

Finalmente, el T.S. reconoció el carácter racional del esquema impositivo, ya que, pese a ser verdad que existían "alternativas menos gravosas", éstas sólo se aplican cuando se lesiona algún derecho^o libertad -- constitucionalmente reconocido.

Ni qué decir tiene que todos los puntos de vista fueron atacados por los disidentes: J. White acusó al esquema impositivo de no pasar siquiera el test de la racionalidad ya que la defensa del localismo (fin) sólo sería adecuada y realista si se garantizara a todos los distritos que iban a poder gastar más dinero en -- educación (medio). J. Marshall elaboró uno de sus más completo votos particulares insistiendo en el carácter fundamental del interés (155) y en la existencia de, -- al menos, hasta seis posibles alternativas favorecedo-

ras del localismo-federalismo (156). Finalmente, J. -- Brennan adoptó ambas posiciones indicando que a su juicio no debía superar ninguno de los tests ni el estricto ni el de mera racionalidad.

El campo de la educación como interés fundamental quedaría, pues, cerrado sino fuera porque la teoría -- del mínimo prestacional, salvada por J. Powell en San Antonio ha sido acogida ampliamente en los tribunales inferiores, aparte de que, repito, muchos tribunales -- estatales han optado por la vía de su reconocimiento -- en abierta contradicción con San Antonio por la vía de interpretación de su propia Constitución estatal (157).

Uno de los casos más famosos, que reconoció el derecho a un mínimo educativo, fue Frederick L. v. Thomas (158) donde un juez federal de distrito reconoció a los demandantes la existencia de acción directamente derivada de la cláusula de igualdad para atacar la denegación de educación pública gratuita especial para -- niños con dificultades de aprendizaje por un distrito escolar de Philadelphia. Los demandantes alegaban que en realidad, al no existir más que un programa de educación normal, se les negaba el derecho a la educación. En último término, de todas formas, la cuestión fue decidida por el Tribunal de Apelación como fundamentada en la ley estatal. Pero el juez de distrito se había -- basado directamente en San Antonio. El propio T.S. ha reconocido la obligación de crear determinados programas especiales para estudiantes que no hablan inglés, pero lo ha hecho mediante la interpretación del Título VI de la Civil Rights Act de 1964 (159). De todas formas, el tema estricto del derecho a la prestación cuando su ausencia es total no ha sido planteado frontalmente en ningún caso aunque su constitucionalidad se -- deriva de los dicta de San Antonio (160).

C:5.- El derecho a las prestaciones de la seguridad social.

(a).- El esquema legal.

Antes de entrar en la exposición de la jurisprudencia conviene explicar brevemente el esquema organizativo de la seguridad social norteamericana.

La Ley de 1935 comprendía cinco programas, dos propiamente de seguridad social (haciendo del trabajo el requisito y la fuente de la futura prestación) y tres de asistencia pública (la prestación viene determinada sólo por la situación de necesidad) (161). Los dos primeros eran OAI (hoy OASDI), que cubría las pensiones de jubilación (extendida en 1939 a los familiares supervivientes y en 1956 con las pensiones por invalidez) y -- UI (prestación de desempleo). Los tres segundos eran -- AFDC (ADC hasta 1962) (que protege mediante el pago de pensión a viudas con hijos de ellas dependientes; un pequeño programa, AFDC-UF, para familias en que el padre está en situación de desempleo, lo completa); OAA (ayuda a la tercera edad) y AB (ayuda a los ciegos). Estos dos últimos se fundieron en 1974 con otro programa instituido en 1950 (APTD, que protegía a los incapacitados), formando el SSI (Supplemental Security Income).

La Ley de Seguridad Social también comprende prestaciones sanitarias en especie: Medicaid (en general, -- para los necesitados) y Medicare (para los jubilados -- con independencia de la situación de necesidad).

El sistema se completa con un programa llamado -- General Assistance que se regula en leyes estatales y -- locales y con uno de los más extensos programas federales, Food Stamps, que regula la Federal Agricultural -- Act y administra el Ministerio de Agricultura, consis--

tente en bonos sólo canjeables en la compra de alimentos en ámbito rurales.

En general, UI y AFDC obedecen a esquemas de federalismo cooperativo y SSI es primordialmente sólo federal (162).

(b).- La protección más débil: el procedural due process.

Al igual que en otros campos, como el del empleo, el Tribunal Burger ha considerado como interés patrimonial suficiente para exigir el principio de audiencia - la cesación en las prestaciones del programa AFDC. Efectivamente, Goldberg v. Kelly (163) fue el primero de -- ellos, pero lo más interesante es que Goldberg contiene afirmaciones como las siguientes: "(El programa AFDC) - provee los medios necesarios para obtener comida, vestido, vivienda y servicios médicos básicos (164)"; "desde su fundación, una de las preocupaciones esenciales de esta Nación ha sido la de procurar la dignidad y bienestar (well being) de todas las personas dentro de sus -- fronteras (165)"; "la Seguridad Social ... puede poner al alcance de los pobres las mismas oportunidades que -- otros tienen de participar realmente en la vida de la comunidad (166)"; "la asistencia pública no es mera beneficencia, sino 'el medio de conseguir las Bendiciones de la Libertad para nosotros mismos y nuestra Posteridad' (167)" etc., etc., (168).

Pese a que el T.S. haya negado que el peso específico de Goldberg resida en la necesidad-indigencia generada por la denegación de los beneficios (169), qué duda cabe de que ofrece la única explicación posible en la "marcha atrás" posterior del Tribunal Burger, limitando los intereses personales y patrimoniales alegables

en aplicación de la enmienda número 14. Efectivamente, dicha "marcha atrás" se produjo precisamente a partir de otro caso relacionado con el tema de las prestaciones de la Seguridad Social: Mathews v. Eldridge (170). En este caso sostuvo el T.S. que el principio de audiencia previa no era necesario en el contexto de las prestaciones por invalidez. En vez de derogar o limitar expresamente Goldberg, el T.S. intentó diferenciarlo siendo la clave la situación desesperada en que pueden quedar los beneficiarios del AFDC frente a la más cómoda de aquéllos a los que deja de prestarse, sin audiencia, la pensión de invalidez. En una palabra, como dice Tribe, este caso añadió para el demandante "el requisito de demostrar la desesperación (171)".

Independientemente de esta aplicación del due process, el T.S. ha sostenido, en el ámbito de los mandatos judiciales de la cuarta enmienda, en Wyman v. James (172) la validez de las leyes estatales que condicionaban el otorgamiento de prestaciones de la Seguridad Social (AFDC) al consentimiento por adelantado de la familia receptora a las "visitas" por parte del staff administrativo del programa. Se trata de un ejemplo típico de "unconstitutional condition (173)".

(c).- La distinción derecho-privilegio.

Ha sido en este campo, y en general todo el de los welfare rights donde ha salido a relucir constantemente la inter-relación entre la capacidad del legislativo de otorgar-denegar prestaciones y la de los tribunales de proteger a los beneficiarios frente a recortes indebidos de las mismas.

La conceptualización de estos derechos como privilegios es clásica desde principios de siglo. Fue precisa

mente J. Holmes el que, siendo juez estatal, afirmó, - en Mc Auliffe v. Mayor of New Bedford (174), al denegar un ataque constitucional contra el despido de un - funcionario, que "el demandante puede tener un derecho constitucional a hablar de política, pero no tiene nin - gún derecho constitucional a ser policía ... el funcio - nario no puede quejarse si acepta el empleo bajo deter - minadas condiciones".

Sin embargo, tal postura hoy es dudosamente cons - titucional si se contempla la doctrina de las "uncons - titutional conditions". Volveremos sobre ellas (175), ahora sólo nos interesa, de momento, repasar los casos en materia de prestaciones de Seguridad Social en que se ha aludido a esta doctrina.

En origen, Flemming v. Nestor (176) mantuvo una - posición intermedia. Mientras el T.S. sostuvo que la - privación de prestaciones de la Seguridad Social por - modificación legislativa no podía considerarse priva - ción de propiedad a efectos de la cláusula expropiato - ria, sin embargo, reconoció que "ello no equivalía a - decir que el Congreso puede ejercer su potestad modifi - cadora de esquemas legislativos libre de todo freno -- constitucional, ya que ... puede suponer una clasifica - ción arbitraria, que carece de justificación racional". Es decir, no puede privarse desigualmente de be - neficios, con lo que la privación enlaza directamente con la aplicación de la cláusula de igualdad: da igual que se prive de un derecho o de un privilegio si hay - infracción del principio de igualdad. Pero lo que ---- Flemming dejó claro es la potestad modificadora genéri - ca (sin trato desigual por razón de clase sospechosa), sin necesidad de indemnizar. En este sentido, las ex - pectativas de prestación no son "propiedad" cuya priva - ción haya que indemnizar. Para el T.S. esto está actual

mente también muy claro (177). Recientemente ha vuelto a poner los puntos sobre las íes en Hisquierdo v. Hisquierdo (178): "como las prestaciones de la Seguridad Social, y a diferencia de la mayoría de los planes privados de pensión, los beneficios de jubilación ferroviarios no tienen naturaleza contractual. El Congreso puede alterarlos, o incluso eliminarlos, en --- cualquier momento (179)". En este sentido, no son un privilegio. Ni qué decir tiene que si los indigentes se hubieran pasado a ser categoría sospechosa o la seguridad social interés fundamental, los motivos para la modificación-eliminación tendrían que ser realmente elevados porque, en este caso, toda modificación-eliminación sería, por esencia, desigualitaria (180).

Este carácter de privilegio, sin embargo, está - en constante tensión no sólo con su no modificación - arbitraria, por desigual, sino con su no modificación por perjudicial para otros derechos ("unconstitutional conditions"). Esta tensión es la que se refleja - en la descripción de los casos que vienen a continuación.

(d).- Dandridge o el gran rechazo.

El T.S. cogió en 1970 el toro por los cuernos en juiciando frontalmente si la condición económica iba a ser o no clase sospechosa y si la seguridad social iba a ser o no declarado interés fundamental.

Dandridge v. Williams (181) presentaba al T.S. - un esquema estatal de aplicación del programa federal AFDC en el que la determinación del "standard de necesidad", cuya fijación correspondía a los Estados (182) se hizo en Maryland de forma que se limitaba la cantidad máxima a recibir por familia (a 250\$ al mes en al

gunos condados y en Baltimore y a 240 en el resto del Estado) sin atender a que la familia pudiera tener más o menos hijos.

La sentencia se fundamenta en dos argumentos básicos: (A) La legislación no afecta a ninguna de las libertades del Bill of Rights; y (B) La asimilación total entre business y welfare regulation que no se había producido claramente hasta entonces. J. Stewart, - tras citar varios casos de sentencias sosteniendo leyes de intervención económica por aplicación del test de mera racionalidad, añadió: "Es cierto que los casos citados, y muchos otros, que son reflejos de ese test en la aplicación de la cláusula de igualdad, son ejemplos de regulación estatal de carácter comercial e industrial. Por el contrario, la administración de los programas de asistencia pública está inexplicablemente unida con las necesidades más básicas de los seres humanos más pobres. Reconocemos esta ~~gramática~~ dramática diferencia en la situación de hecho, pero no encontramos fundamento alguno para aplicar otro tipo de test".

De nuevo fue J. Marshall el encargado de redactar el voto particular (183); no ~~asistió~~ asistió en la "fundamentación" de los welfare rights, sino indirectamente, al acusar a la mayoría de igualar sin motivo alguno las regulaciones de carácter social con las económicas, indicando que "este caso, que afecta literalmente a los intereses vitales de una minoría sin poder político -- (184) -familias pobres sin cabeza que les traiga el -- pan al hogar (185)- cae muy lejos del área de la regulación económica, como el propio T.S. admite. ¿Por qué se aplica entonces el mismo standard de constitucionalidad?".

Su ataque más fuerte reside en la aplicación más estricta del test de la racionalidad: ningún interés -

estatal favorece el fin de la ley. En una palabra, J. Marshall aplicó el test de la racionalidad, "con mordiente (186)" que ha sido la vía más usual en la constitucionalización de los welfare rights como veremos a continuación.

(e).- El control de mera racionalidad.

Se recordará que el control de racionalidad opera como un control de finalidad de la ley así como de los medios para lograr dicha finalidad (187).

En este campo, entonces, la constitucionalización de los welfare rights puede operar como asunción por el poder judicial de los fines de la legislación venciendo la tautología, que toda búsqueda de la finalidad de la ley supone (188), mediante la presuposición de que el legislativo pretendía otorgar beneficios con toda amplitud.

No es pues de extrañar que en este campo el examen de legalidad se confunda con el de constitucionalidad, ya que la finalidad presumida de la ley federal establecedora del programa opera como límite de la regulación inferior, estatal o federal (problema de legalidad de la legislación inferior) o como fin a que la clasificación tiene que responder (problema de igualdad-constitucionalidad).

Dandridge (189) hemos visto que presentaba ambos - juntos (190). King v. Smith (191) puede ser otro ejemplo. En este caso, el T.S. anuló un esquema de desarrollo estatal del programa AFDC que excluía de las prestaciones a las familias con "sustituto de padre (192)". - Pues bien, la mayoría, interpretando la finalidad de la Ley de Seguridad Social como la de cubrir situaciones -

de indigencia y no la de regular la moralidad e interpretando el término "padres" de la ley en sentido restringido, declaró ilegal una ley de Alabama. J. Douglas, en un voto concurrente, citando como precedente la validez anterior de otros reglamentos que intentaban asegurar que no hubiera una persona responsable que trajera dinero a la casa, admitió la legalidad de la ley, -- pero la acusó de inconstitucional por irracional ya -- que el medio no coincidía con el fin de la ley que era otro muy distinto del de "castigar a los hijos de madres inmorales". (192 bis)

Pues bien, esta aplicación del test de la racionalidad mediante el control de la finalidad de la legislación ha dado lugar a frecuentes anulaciones de leyes. United States Department of Agriculture v. Moreno (193) es el caso prototípico al anular determinados requisitos del programa Food Stamps construyendo la finalidad de la ley como "el alivio del hambre y la mal nutrición entre los estratos más indigentes de nuestra sociedad (194)". También Wainberger v. Jimenez (195) se basa en el test de la racionalidad (196).

Sin embargo, en la inmensa mayoría de los casos, la aplicación del test de la racionalidad siguió las rutas de Dandridge, dando lugar al sostenimiento de la constitucionalidad de las leyes. Fritz (197), en el -- curso pasado, confirma esta línea.

A veces ha bastado pura y simplemente el interés del Estado en la salud financiera del sistema para justificar la racionalidad de una clasificación, como en Ohio Bureau of Employment Services v. Hodory (198), -- donde se justificó así una norma de desarrollo estatal de la Ley de Seguridad Social que privaba de prestación de desempleo a los trabajadores que se hubieran --

quedado sin trabajo temporal o totalmente por causa - de una huelga, aunque la huelga no tuviera nada que -- ver con el centro donde trabajaban (199). Schweiker v. Wilson (200), caso que ya conocemos (201), ha reafirma-- do recientemente la legitimidad del fin del Congreso - consistente en salvaguardar los propios presupuestos.

(f).- Los tests intermedios de constitucionalidad.

Pese a que Dandridge negara a las prestaciones de seguridad social la categoría de interés fundamental y pese a que la indigencia no sea una clasificación sos-- pechosa, cuando la denegación de estas prestaciones -- aparece relacionada con alguna de las características que generan, aun fuera de la seguridad social, el test intermedio, el ~~T.S.~~ ~~ese~~ no ha dudado ni un momento en ejercitarlo. El examen intermedio de constitucionali-- dad viene motivado por la presencia de algunos tipos - de clase sospechosa (sexo, filiación y extranjería, tí-- picamente) o por la existencia de una presunción legis-- lativa iuris et de iure (202).

Pues bien, se da la paradoja de que la inmensa ma-- yoría de los casos de discriminación por razones de se-- xo o filiación son casos de denegación de prestaciones sociales, de ahí que haya planteado el tema de si se -- anulan en cuanto tal discriminación sólo o en cuanto -- tal discriminación plus el hecho de que lo que se de-- niega es un welfare right. De hecho, como veremos (203), dado que estos casos, sobre todo los de filiación, son a primera vista totalmente incongruentes unos con ---- otros, se ha intentado buscar la línea que los une no en el sujeto afectado (hijo ilegítimo) sino en el ca-- rácter de la prestación.

Dado que los casos son casi innumerables vamos a limitarnos a enumerarlos indicando resumidamente la --

doctrina que contienen (204).

f:1.- La discriminación por razón de sexo y los -
welfare rights.

Los casos que implicaban la desigualdad en las prestaciones son los siguientes: Reed v. Reed (205), donde el T.S. declaró inconstitucional la menor puntuación de una aspirante a un empleo público por el hecho de ser mujer (206); Frontiero v. Richardson (207), donde el T.S. declaró inconstitucional la necesidad de que los miembros femeninos de las Fuerzas Armadas demostraran que sus maridos dependían de ellas (cosa que los miembros varones no necesitan hacer respecto de sus mujeres) para obtener determinadas prestaciones sanitarias y complementos familiares; Geduldig v. --- Aiello (208) declaró, sin embargo, constitucional la exclusión del seguro de incapacidad por embarazo y parto indicando que la exclusión "no se basaba en el sexo"; Weinberger v. Wiesenfeld (209) declaró inconstitucional parte de la Ley de Seguridad Social que exigía a los maridos supervivientes de las trabajadoras la prueba de dependencia, cosa que no exigía a las esposas cuando el que muere es el trabajador; General Electric Co. v. --- Gilbert (210) extendió Geduldig al plano puramente legal, ya que después de aquél, los tribunales inferiores empezaron a basar la anulación de desventajas por embarazo en el Título VII de la Civil Rights Act de 1964, de mayor alcance teórico que la Constitución (211); Califano v. Goldfarb (212) anuló parte del OASDI que decretaba que el viudo de una asegurada tenía que haber estado recibiendo al menos la mitad de su actual renta de la trabajadora que por muerte causa la pensión (213);

Califano v. Webster (214) anuló un sistema de cálculo de la pensión de jubilación del OASDI que podía suponer menor pensión para la mujer (215); — Nashville Gas Co. v. Satly (216), decisión que determinó que el embarazo-parto sí era discriminatorio si como consecuencia del mismo se perdía, además, la antigüedad a efectos de promoción de categoría, distinguiendo Gilbert en base a que aquí — no se rehusa dar a las mujeres un beneficio del — que no pueden gozar los hombres, sino que se les impone una carga; Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart (217) al igual que el anterior en el contexto del Título VII, determinó que la mayor mortalidad a edades más jóvenes de los — hombres no autorizaba a crear un programa de jubilación que obligara a las mujeres trabajadoras a cotizar más porque iban a vivir más tiempo como — jubiladas (218); Personnel Administrator of — Massachusetts v. Feeney (219), donde el T.S. se negó a reconocer que hubiera discriminación, por — falta de intención (220) en un programa que favorecía el empleo público de los veteranos de guerra, pese a que fueran sólo hombres en su inmensa mayoría; Califano v. Westcott (221), donde el T. S. declaró inconstitucional la estructura del — AFDC-UF porque sólo genera beneficios si el desempleado es el padre (y no la madre) de familia — (222); Wengler v. Druggist Mutual Ins. Co. (223) declaró inconstitucional el sistema de indemnizaciones por accidentes de trabajo de Missouri porque sólo generaba pensión, en el caso de que la — accidentada fuera la mujer trabajadora, si el marido probaba la dependencia o estaba incapacitado.

En absolutamente todos los casos de discriminación por razón de sexo relacionados con este tipo

de prestaciones se ha admitido la inconstitucionalidad de la ley. No ocurre lo mismo cuando la discriminación está en relación con temas militares (224), penales (225) o de exenciones fiscales --- (226). El caso de los gastos de embarazo-parto, - enormemente criticado por la inmensa mayoría de - la doctrina (227), aparece quizás como la excepción que confirma la regla.

f:2.- La filiación y los welfare rights.

Desde que el T.S. aplicó por primera vez un standard de constitucionalidad más rígido tratándose de clasificaciones basadas en la filiación - (228), ha seguido una línea totalmente irregular (229). Limitándonos a los casos relativos a las - prestaciones sociales, la línea no ha sido tampoco nada clara.

Weber v. Aetna Casualty and Surety Co. (230) declaró inconstitucional una ley de Louisiana de indemnización por accidentes de trabajo que excluía de los posibles perceptores a los ilegítimos no reconocidos (231).

En ese mismo año de 1972 el T.S. afirmó sin opinión dos sentencias de tribunales inferiores - que anularon disposiciones de la Ley de Seguridad Social que permitían a los hijos ilegítimos ser - beneficiarios de prestaciones sólo si los hijos - legítimos no se cualificaban para percibirlos --- (232).

Finalmente, en New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill (233), el T.S. anuló el - mismo parte del programa AFDC-UF que exigía que - la familia perceptora estuviera formada por perso

nas casadas y con hijos legítimos o adoptivos. -- Siendo la finalidad de la ley la ayuda a niños necesitados, la situación de los padres era totalmente accidental (234).

Sin embargo, en 1976, el T.S. dio marcha --- atrás. En Mathews v. Lucas (235) admitió la validez de las prestaciones por supervivencia de la Ley de Seguridad Social en favor de los hijos, -- siempre que éstos dependieran del padre fallecido. Se presumía que dependían de él en alguna de las siguientes circunstancias: si son legítimos, si vivían con el trabajador o tenían su soporte económico, si son sucesores abintestato o si fueron reconocidos voluntaria o judicialmente. Los hijos ilegítimos estaban, por tanto, en situación de - desventaja respecto de los legítimos quienes, en todo caso, recibían la prestación. Jimenez fue -- distinguido en base a que mientras en éste algu-- nos hijos quedaban en todo caso excluidos, en Lu-cas siempre podían demostrar la dependencia.

f:3.- La extranjería y los welfare rights.

La consideración de la extranjería como clase sospechosa es obra del Tribunal Burger. Su categorización como tal se produjo precisamente en un caso de denegación estatal de welfare right. En Graham v. Richardson (236) el T.S. dijo pura y simplemente que los Estados no podían denegar beneficios sociales a los extranjeros, otorgándoles - la categoría de minoría aislada (237), declarando que una vez que el gobierno federal indicaba las condiciones de entrada, los Estados no podían imponer otras y que los extranjeros pagaban impuestos y podían ser obligados a cumplir el servicio militar como los nacionales. El segundo de los as

pectos es el que ha venido realmente a resaltar - en casos posteriores (238) ya que, en Mathews v. Diaz (239), admitió la constitucionalidad del condicionamiento, por el Congreso, en la percepción de Medicare, a la admisión para residir continuamente o a la residencia continua en los Estados Unidos durante cinco años como mínimo.

f:4.- La teoría de las irrebutable presumptions y los welfare rights.

Como Tribe ha puesto de relieve (240) esta - teoría (241) ha venido a suponer en la práctica - un tipo intermedio de examen de constitucionalidad. El conglomerado de casos enjuiciados bajo esta doctrina es de lo más variado. Uno de ellos, - sin embargo, afecta de plano al campo de las prestaciones sociales. En United States Department of Agriculture v. Murry (242) el T.S. anuló un artículo de la Food Stamps Act de 1964 que "creaba la presunción de que ... un hogar (243) no está necesitado y tiene acceso a una nutrición adecuada" - cuando cualquier miembro de ese hogar, menor de - 18 años, ha sido registrado como dependiente a -- efectos tributarios en otro hogar no elegible para Food Stamps. Para el T.S., negar a los individuos del primer hogar la posibilidad de recibir - ayuda federal, sin darles la oportunidad de probar realmente su estado de necesidad, es una presunción que ataca el due process.

De nuevo el T.S. pareció dar marcha atrás.

En Weinberger v. Salfi (244), el caso que -- dio al traste con la doctrina, mantuvo la validez de parte de la Ley de Seguridad Social que excluía

de los posibles beneficiarios de las prestaciones de supervivencia a la mujer y/o hijos cuando su relación con el trabajador tuviera menos de 9 meses a contar hacia atrás desde el momento de la muerte. Haciendo auténticos esfuerzos de distinción con los casos anteriores, y entre ellos especialmente con Murry (245), el T.S. aplicó el test de mera racionalidad dando total deferencia al Congreso en su indicación de las condiciones de las que hace depender los fondos provenientes del Tesoro Público. La creencia de que esas situaciones suponen fraude es, para el T.S., perfectamente racional. De todas formas destaca el paralelo de las prestaciones examinadas en Murry y Salfi con el de las examinadas en Goldberg y en Eldridge (246).

(g).- Las incongruencias de su combinación con los supuestos de examen estricto de constitucionalidad.

Dadas las líneas jurisprudenciales hasta ahora examinadas, parecería que cuando las prestaciones sociales se combinen con un interés fundamental o una categoría sospechosa (raza) de los que generan examen estricto de constitucionalidad de una ley, las posibilidades de que dicha ley fuera considerada constitucional serían mínimas.

Y, sin embargo, ha ocurrido todo lo contrario. Sólo la combinación de estas prestaciones con el derecho al libre movimiento interestatal y con el derecho a la libertad religiosa han producido la anulación de las normas, pero su combinación con la raza, el matrimonio como derecho fundamental, el aborto y el acceso a la justicia como interés fundamental han motivado la apreciación de su constitucionalidad.

Shapiro v. Thompson (247), ya examinado (248), es el típico ejemplo de lo primero.

Los casos relativos a la libertad religiosa son quizás más chocantes. El primero de ellos fue Sherbert v. Verner (249). Una miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día fue despedida por no querer trabajar los sábados, no siendo capaz de encontrar otro trabajo por idéntico motivo, de forma que tampoco recibió --- prestación de desempleo porque el esquema de Carolina del Sur excluía de los beneficiarios a los trabajadores que, sin causa justa, rehusaban un nuevo trabajo adecuado. En una sentencia claramente en conflicto -- con la jurisprudencia relativa a la cláusula de aconfesionalidad del Estado (250), el T.S. declaró que si Carolina del Sur permitía la excepción del rechazo de trabajo en los domingos (251), el hacer depender el -- seguro de desempleo del rechazo a las creencias religiosas de los adventistas era inconstitucional. ---- Sherbert fue siempre contemplado como la excepción cu riosa. Sin embargo, el 6 de Abril de 1981, el T.S. -- volvió a insistir en el tema declarando, en Thomas v. Indiana Employment Security Division Review Board --- (252), que el autodespido por objeción de conciencia de carácter religioso contra la fabricación de arma-- mento no puede dar lugar a la exclusión del seguro de desempleo (253).

Sin embargo, la combinación del factor presta--- ción social con la posible discriminación racial no -- ha dado lugar, al contrario de lo que ocurre cuando -- se combinan raza y educación (254) o, por supuesto, -- cuando se combinan raza-empleo (255), por el recurso del T.S. a la necesidad de demostrar la intención dis criminadora. Jefferson v. Hackney (256) representa el típico ejemplo.

Cuando el matrimonio como derecho fundamental -- (257) se ve envuelto, el T.S., de nuevo, ha sido contradictorio. Zablocki v. Redhail (258), por ejemplo, declaró inconstitucional una ley de Wisconsin que obligaba a obtener licencia matrimonial judicial a todos aquellos padres privados de la patria potestad de algún hijo pero obligados, por orden judicial, a soportarlos económicamente. La licencia, además, sólo podía concederse si el padre había cumplido esa obligación y si los hijos, a juicio del tribunal, probablemente no iban a convertirse en "cargas públicas". La sentencia es típica por pluralista. Sólo J. Stevens concurrió indicando que se trataba de un caso claro de discriminación deliberada contra los pobres. J. Stewart lo consideró un caso de substantive due process. De todas formas, la sentencia de J. Marshall recibió el apoyo de, al menos, cuatro de sus compañeros (259) y su fundamento se basa en la cláusula de igualdad considerando al matrimonio un interés fundamental (260). Poco antes, sin embargo, el T.S. había admitido la constitucionalidad de un precepto de la Ley de Seguridad Social que hacía cesar la prestación a menores incapacitados si se casaban con alguien no beneficiario, aunque este cónyuge fuera incapaz (261). Ni qué decir tiene que la diferencia alegada por la mayoría residía en el grado de carga directa (Zablocki) o indirecta (Jobst) de la norma enjuiciada, pese a que otros miembros del T.S. (262) y la casi totalidad de los comentaristas (263) juzguen ambos casos como totalmente inconsistentes uno con otro.

Si la conjunción matrimonio-prestación social -- ofrece dudas, la conjunción aborto-prestación está -- muy clara: la no financiación en el programa Medicaid de los gastos médicos tanto de los no medicamente -- (Maher) como de los medicamente necesarios (McRae). --

En estos casos el tema se enfocó frontalmente: el ejercicio de un derecho no obliga al Estado a remover las trabas socio-económicas que pueden impedir a alguien - dicho ejercicio. Cuando se trata de remover obstáculos socio-económicos el test a aplicar, si no está en juego una clasificación sospechosa o un interés fundamental (264), es el de mera racionalidad.

Finalmente, tampoco parece que la conjunción del acceso a la justicia, como interés fundamental (265), con las prestaciones sociales genere un tipo estricto de revisión de la constitucionalidad de la norma, pues en Ortwein v. Schwab (266), el T.S. apreció la constitucionalidad de la tasa de 25\$ impuesta en Oregon a -- las demandas contencioso-administrativas revisoras de actos denegatorios de prestaciones sociales. Para los cinco jueces que formaron la mayoría, el interés consistente en la percepción de prestaciones sociales --- (pensiones de vejez en este caso) "es de una importancia constitucional bastante menor que el interés defendido en Boddie (divorcio) (267)".

(h).- El federalismo, la inmunidad de jurisdicción y la separación de poderes en la ordenación del -- gasto como principios sustantivos.

Una de las mayores dificultades planteadas por -- las prestaciones de seguridad social es, como vimos, - (268), la de su caracterización como privilegio. Modernamente se sigue diciendo por el T.S. que el Estado es soberano en la ordenación de los gastos de la seguridad social, no admitiéndose la indemnización por su -- privación (269), ni la petrificación de las prestaciones en un momento dado por entender que su privación -- puede ser inconstitucional (270).

Sin embargo, además de ello, el T.S. en los últi-

mos años, ha ampliado esa concepción llegando a hablar de que "existe una presunción de constitucionalidad de ~~una~~ la legislación social, donde el reparto de beneficios escasos de acuerdo con criterios complejos requiere la fijación de líneas dolorosas pero inevitables -- (271)". Aparece de nuevo la visión institucional que -- tanto peso tuvo en San Antonio en el campo de la educación. Este institucionalismo está igualmente ligado a concepciones sustantivas del principio federal: la racionalización a posteriori de la finalidad de la ley -- como defensora de competencias estatales ha primado, -- en algunos casos concretos, sobre la racionalización -- consistente en hallar en la ley la finalidad protectora de indigentes (272). Ya hemos expuesto en otro lugar cómo el costo económico es un factor difuso en la invalidación de una norma por inconstitucional (273); utilizando precisamente el ejemplo de la jurisprudencia en materia de prestaciones sociales (274). Ni qué decir tiene que son las nociones de la función judicial sustantiva-federalismo-separación de poderes (275) las que, a veces, motivan la no constitucionalización de los welfare rights.

Este recordatorio no tendría más interés sino fuera porque es en el ámbito de las prestaciones de carácter de seguro social donde el T.S. recientemente ha revivido con más fuerza el federalismo basado en la inmunidad de jurisdicción.

Efectivamente, la enmienda número 11 contiene una inmunidad general de los Estados en las demandas contra ellos por ciudadanos de otro Estado o de otra Nación. Esta enmienda, que sólo limita la jurisdicción -- de los tribunales federales, no la de los estatales, -- ha sido objeto de un innumerable desarrollo jurisprudencial constituyendo hoy en día, por sí sola, uno de

los subgrupos de normas constitucionales más complejos (276). Por lo que ahora nos interesa lo importante es que un grupo considerable dentro de este subgrupo regula los supuestos en que puede entenderse que el Estado concreto "ha renunciado" a su inmunidad, o, si se prefiere, hasta qué punto el Congreso exige en las leyes-marco que constituyen los programas federales la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por los Estados. Naturalmente, el Congreso suele callar, por lo que el tema es uno típico de la interpretación de la voluntad del legislador o, si se prefiere, de la finalidad de la ley. Así pues, mientras el T.S. ha encontrado como necesariamente implícita la renuncia a la inmunidad en el ejercicio del comercio interestatal mediante la operación por el Estado de una compañía de ferrocarriles (277) y ha sentenciado que el Congreso puede, en el desarrollo de la sección 5 de la enmienda número 14, derogar la inmunidad de la enmienda número 11 (278), por el contrario, ha entendido que tal privación de inmunidad no se produjo por la simple extensión de la Fair Labor Standards Act a los hospitales y escuelas estatales (279) ni cabe entenderla producida en materia de pagos por prestaciones debidas por la seguridad social (280).

Si Employees es justificable por estar relacionado con las funciones gubernamentales o servicios públicos básicos (281), Edelman v. Jordan (282) tiene un fundamento típicamente institucional y no derecho sustantivo. Efectivamente, nada hay en contra de las demandas contra un Estado por incumplimiento de una ley-marco federal, como lo es el programa AABD. Lo que sí parece limitar la enmienda número 11 son las demandas concretas de deudas pecuniarias retroactivas de prestaciones de la seguridad social, ya que la simple "injunction" de su pago futuro en las mismas condiciones -

en las que el Estado lo negaba, no se ve alcanzada -- por la inmunidad; en una palabra, la autonomía financiera de los Estados (283) prevalece sobre el plan de seguridad social que el Estado se comprometió a ejecutar. En palabras de J. Rehnquist, "cuando se trata de la excepción soberana frente a toda interferencia judicial en el área vital de la administración financiera, debe existir una clarísima intención del Estado -- de someter sus conflictos financieros a otros tribunales distintos de los de su propia creación. El mero -- hecho de la participación estatal en un programa a -- través del cual el gobierno federal provee asistencia para la operación por el Estado de un sistema de asistencia pública, no basta para entender implícito el -- consentimiento del Estado de ser demandado en los tribunales federales".

Sólo, pues, cuando el Congreso indica expresamente su voluntad de desarrollo de la enmienda número 14, lo que sólo ha hecho, con los derechos sociales, en -- el área del empleo (284), la inmunidad basada en la -- autonomía financiera estatal cede el paso a aquéllos.

D.- LA INTERPRETACION DE LA JURISPRUDENCIA.

El repaso de la jurisprudencia pone de manifiesto no sólo una división del T.S. en el enfoque general de los -- welfare rights, división que hace que, de vez en cuando, -- salgan a relucir su quasi-constitucionalización, sino también una contradicción aparentemente obvia en muchos casos.

Frente a quienes defienden que se ha producido ~~ya~~ ^{la} constitucionalización de los welfare rights (285) o que al menos a principios de la década de los 70 eran un valor -- fundamental (286), hay que recordar, con Appleton, que el T.S. se ha pronunciado expresamente en contra y que, por --

tanto, toda "constitucionalización" de los welfare rights - constituye una especie de psicoanálisis del T.S. o un desciframiento de códigos secretos que, en realidad, pueden no ser tales. En una palabra, "es estimulante, pero irreal --- (287)".

Appleton no está sola entre los que opinan que ni los textos legales ni los precedentes judiciales corroboran la existencia de los imaginarios welfare rights constitucionales (288).

¿Hasta qué punto uno y otro son verdad? ¿Cuáles son -- las vías de "constitucionalización" para los que afirman -- que ésto ya se ha producido?.

D:1.- Las hipotéticas fuentes constitucionalizadoras.

Como el profesor Bork ha puesto de relieve, "ni - el análisis del texto ni el de la historia y estructura de la Constitución (289)" dan pie para que los welfare rights puedan considerarse, ahora o en el futuro, fundamentales.

El propio T.S. se ha enfrentado a veces abiertamente con el tema de las fuentes constitucionales: J. Stewart en Dandridge señaló que "no encontraba fundamento alguno para aplicar otro tipo de test (distinto del de mera racionalidad) (290)"; J. Powell en San Antonio es igualmente explícito en el tema (291); Nisbet, en su slogan acerca de la inhabilidad de la Constitución para curar toda enfermedad social o económica --- (292), resume igualmente esta carencia de fuentes según el T.S.

Sin embargo, tanto desde el propio T.S., mayoría ~~(293)~~ y, por supuesto, disidentes, como desde la doc--

trina, se ha criticado precisamente esa afirmación de la inexistencia de fuentes constitucionales adecuadas.

En primer lugar, tanto la cláusula de igualdad - como la due process ofrecen más que suficiente base - textual para la constitucionalización de estos derechos.

Respecto de la primera, el propio T.S. pareció - reconocerlo en los primeros casos cuando se constitucionalizaron los intereses consistentes en el libre - movimiento, el acceso a la justicia y el derecho de - voto. Pese a alegaciones como la de J. Stewart (294) en el sentido de que la cláusula no ha dado lugar a - la constitucionalización de derechos sustantivos, hoy en día lo contrario es la realidad universalmente reconocida (295).

Igualmente podría haberse elevado la indigencia a la categoría de clase sospechosa. Sin embargo, la - dificultad con este planteamiento reside en que admitir su "categorización" supondría admitir la existencia de discriminación de facto haciendo la cláusula - prácticamente inaplicable. Sólo las discriminaciones de iure vendrían en la realidad ser reconocidas por - que sólo en estos casos la motivación inherente en el concepto de "sospechosa" (minoría apartada y dañada - por los prejuicios de la mayoría) puede coincidir con los indigentes como clase. De hecho, los casos de discriminación de iure serían poquísimos ya que, como se - ñaló hace tiempo Michelman, toda ley discriminadora - por razones de condición económica aparentemente y de iure es normalmente neutra: nunca hay discriminación de iure porque prácticamente todos pueden satisfacer la necesidad o ejercitar el derecho pagando el precio del mercado (296). Es la situación fáctica la que con

tradice esa neutralidad. Por tanto, el campo de los welfare rights como intereses constitucionales quedaría reducido al de la discriminación patente de la ley negando servicios (beneficios o derechos) a grupos de ciudadanos por su status económico. Naturalmente, muy pocos casos surgirían bajo este manto. Además, por otra parte, siempre estuvo dispuesto a anular estas leyes el T.S. basándose en otras cláusulas. Edwards - California (297) constituye el caso típico. La Ley de California tipificaba como falta la introducción en el estado de cualquier indigente a sabiendas de que lo era, cuando dicho indigente no fuera residente del Estado. La ley era un ejemplo típico de discriminación de iure y así lo hizo constar el voto concurrente de J. Jackson, pero el T.S. prefirió anularla por infringir la cláusula de comercio. Zablocki (298) puede considerarse otro caso, pero sólo J. Stevens lo -- apreció como tal. Ni siquiera un caso tan patente como James v. Valtierra (299) fue admitido por el T.S. como discriminación de iure.

Por otra parte, cuando la discriminación lo es de iure, el tema siempre puede reconducirse a la cláusula de due process, como ha pasado con el acceso a la justicia, recortando todas las posibilidades de estudios empíricos atestiguadores de la desigualdad -- (300) y limitando la eficacia mucho más general de la cláusula de igualdad, en cuanto a situaciones fácticas subsumibles en aras de la más individualizada justicia del caso concreto que conlleva la aplicación de la cláusula de due process (301).

Por otra parte, resulta obvio que el T.S. ha rechazado repetidamente la categorización de "los pobres" como clase sospechosa por lo que todo intento actual de constitucionalizar los welfare rights por --

esta vía sería prácticamente inútil. Muy pocos (302), por tanto, se atreven a formular abiertamente la propuesta de la categorización de la condición económica como clase sospechosa.

Otro tanto puede decirse de los intentos de crear derechos sustantivos a través de la cláusula de due process. No hay que olvidar que el origen del substantive due process se debe precisamente a la constitucionalización de la libertad de ejercicio de la profesión frente a los monopolios estatales (303). Tushnet defendió abiertamente esta idea sin mucho éxito (304). Sin embargo, qué duda cabe de que manifestaciones concretas del due process afloran de vez en cuando en la jurisprudencia. Ya dijimos en otro lado que el T.S., a veces, huyendo de Lochner, utiliza otras cláusulas para "constitucionalizar" derechos que los tribunales estatales, que no giraron de rumbo en 1937, seguían considerando como substantive due process. La inclusión de la libertad comercial de expresión en el área de la primera enmienda tiene precisamente ese carácter (305). Pues bien, uno de los derechos fundamentales básicos de la citada inclusión es el hecho de que las prohibiciones estatales de publicación de ofertas comerciales pueda afectar precisamente al grupo social que más necesita conocerlas. Tanto la oferta de servicios legales (306) como la de fármacos (307), los dos anuncios comerciales cuya prohibición se juzgó inconstitucional por el T.S. en primer lugar, tenían la característica de que son servicios de los que "los pobres" pueden verse especialmente afectados si son privados de los mismos. Este "derecho a la información de dónde obtener productos quiasí-esenciales más baratos" no pasó desapercibido ni al T.S. (308) ni a la doctrina (309).

Con ello quiero indicar que nociones jurídico-morales ínsitas en el mundo norteamericano, que recibie-

ron su constitucionalización en la era del substantive due process y que han seguido siendo conservadas en -- los tribunales estatales, de vez en cuando pueden re-- florecer, constitucionalizando aspectos muy sectoriales de los welfare rights. Hoy por hoy, sin embargo, -- no es más que una posibilidad prácticamente (310).

De todas formas, no hay que olvidar que el aspecto libertad (versus prestación) de algunos de estos de rechos sí que ha sido reconocido abiertamente como --- substantive due process. El caso de la educación (311) es paradigmático. Quizás por ello una mayoría del T.S. se vea inclinado a aceptar la versión de la educación como un minimun de servicio a prestar como un derecho inherente en el substantive due process (312).

De todas formas, los casos de utilización de otras cláusulas para reconocer welfare rights son totalmente excepcionales. Tal ocurre por ejemplo con la libertad de asociación de la primera enmienda. Mientras el T.S. permitió a lo largo de la década de los 60 las asociaciones para la defensa legal de grupos de indigentes -- (313), dado que al fin y al cabo era el interés de acceso a la justicia el afectado, no ha ocurrido lo mismo cuando han salido a relucir otros intereses como el de las asociaciones para la obtención de servicios médicos de mejor calidad pero a precios más bajos. Efectivamente, en Garcia v. Texas State Board of Medical - Examiners (314), el T.S. admitió la validez de una ley de Texas que prohibía esas asociaciones por falta de -- licencia profesional de los órganos directivos, órganos obviamente de carácter administrativo y no médico, aunque sólo se tratara de una afirmación de una sentencia de un tribunal de distrito.

Pero reconducir a la cláusula de igualdad, a la -- de substantive due process o incluso a la de libertad

de expresión o asociación estos welfare rights no soluciona el tema, sino que sólo encuadra el marco donde - las auténticas fuentes constitucionales van a venir a operar: historia, interacción de poderes constitucionales, consensus, hechos determinantes, filosofía moral, razón, ... e incluso la teoría procedimental de Ely -- han sido recogidas como posibles fuentes para operar - la citada constitucionalización.

Naturalmente, al hablar de historia me refiero a la historia general norteamericana, cuyo paso en 1937 hacia el llamado Estado Positivo, legitimado por el T. S. (315), en un proceso en el que, en palabras de --- Corwin, "el due process pasó de ser una cláusula limitadora del poder legislativo a ser un estímulo real de la acción legislativa de carácter nivelador (316)", es considerado como suficiente para otorgar el carácter - de fundamentales a los welfare rights. Quizás por ello la única diferencia entre la jurisprudencia de 1937 en adelante y la que actualmente sería constitucionalización de los welfare rights no resida en los valores en los que éstos se apoyan (317), sino en los problemas - institucionales que se plantean cuando del "no-hacer" se pasa al "mandato de hacer" en el enjuiciamiento --- constitucional (318). Para Miller, por ejemplo, lo que Pekelis denominara en 1950 la Jurisprudence of Welfare (319) comenzó hace mucho tiempo. Congreso y T.S. dieron el contenido del Estado Positivo a la Constitución, "fundamentalizando" así tendencias al menos hasta 1981 irreversibles.

Como dice Michelman, "todas las prácticas e instituciones públicas (desde 1937), incluyendo las tradiciones constitucionales y otras expresiones oficiales y - populares de metas e ideales, contribuyen a manifestar los valores morales (en pro de los welfare rights) de la sociedad norteamericana en su conjunto (320)".

Lo que para unos es historia general, es para --- otros consensus o simple expresión de valores sustantivos fundamentales. Si la igualdad no puede decirse que sea un valor consensuado en la sociedad norteamericana, grandes voces se han levantado, por el contrario, en - pro de la adecuada elevación de rango del mínimo de -- servicios básicos que constituyen los welfare rights.

Fue en 1968 (321) el profesor Michelman quien dio un giro insospechado a la cláusula de igualdad, giro - que ha tenido su influencia no sólo en los tribunales estatales (322), sino igualmente en muchos sectores -- doctrinales norteamericanos.

Para Michelman, la aplicación estricta del principio de igualdad es "endémicamente problemática (323)". El concepto de igualdad llevado a sus últimas conse---cuencias (discriminación de facto) supondría "poco más o menos, la creación de un mercado ... o el rechazo de la liberación de determinados sujetos de las vicisitu-des de la fijación de precios en un mercado libre... - Y el riesgo de estar expuesto a un mercado ... no se - considera objeccionable en nuestra sociedad. (Por el -- contrario) normalmente consideramos que el requerir de cada consumidor el pago del precio total del mercado - de lo que consume es, a la vez, lo más justo y lo más eficaz (324)".

Si este presupuesto se da por básico, lo que indu-dablemente ocurre en el ámbito norteamericano, sólo -- puede contemplarse excepciones a este sistema. La idea de igualdad no refleja esa excepcionalidad, sino que - su dinámica potencialmente expansiva puede llevar a la desaparición como principio judiciable al no proporcio-nar la respuesta al cuánto de igualdad. Por el contra-rio, la idea de un mínimo de protección, a base de se-

ñalar los servicios que se consideran básicos, sí tiene carácter excepcional dentro del conjunto del sistema. -- Ese mínimo sería encuadrable dentro del principio de -- igualdad, ya que la satisfacción de esos intereses básicos, en último término, favorece dicha igualdad (325); -- pero no coincide con él. Hay una serie de supuestos donde de ambos conceptos coinciden, el área actual de aplicación de la cláusula de igualdad, salvo cuando no hay interés fundamental (sino mero test de racionalidad) o -- cuando la clasificación es de iure y tan sospechosa que no necesita afectar a ningún interés fundamental. Pero en el resto los enfoques son totalmente distintos.

Ni qué decir tiene que este concepto de mínimo, -- aparte de que parece haber sido admitido por el T.S. en algunos casos concretos, como en el de la educación --- (326), explica con cierta coherencia aparentes contra--dicciones en muchas líneas jurisprudenciales.

En primer lugar, explica la diferencia de trata---miento entre distintas prestaciones de la seguridad social; en concreto, entre los programas que se basan en una pura situación de indigencia, como el AFDC y los -- que se basan en otras situaciones fácticas que no presuponen posiciones económicas desesperadas (327). Igual--mente, ha servido para justificar el distinto tratamiento en el caso de filiación ilegítima ya que como C. J. Burger dijo en Lucas (328), mientras en Jimenez, cuando se anuló una ley que distinguió entre ilegítimos, la -- ley no permitía probar la dependencia, esa no era la situación en Lucas, donde la discriminación consistía en imponer la carga de la prueba, no la imposibilidad di--recta de recepción de la prestación (329). Esta explicación resulta "poco convincente (330)" porque en otros ámbitos donde lo que se exigía era la prueba de depen--dencia la ley se ha anulado también por discriminar en

la imposición de cargas (331) y porque, si se compara con otros casos de filiación, singularmente con Cahill (332), la dependencia no es factor determinante, sino la naturaleza del programa, prestación por supervivencia en Lucas versus AFDC en Cahill.

Se ha sugerido que es la naturaleza del programa de nuevo lo que distingue Murry de Salfi (333) (Food -- Stamps versus prestaciones por supervivencia) en vez -- de una revisión de la doctrina de las presunciones --- iuris et de iure; que es la situación de desempleo en vez de la libertad religiosa lo que motiva casos como Sherbert y Thomas (334); que el resultado de la aplicación del test de la racionalidad se basa en que últimamente se supone que los demandantes como en Schweiker (335) están al amparo de otras instituciones públicas; e incluso que la única forma de hacer coherentes casos como Moreno y Belle Terre (336) reside no en fijarse -- en el elemento del vínculo familiar de los que viven -- en determinada zona urbana sino en fijarse en el hecho de la situación económica de ambos tipos de demandantes (trabajador rural pobre versus estudiantes, quienes no lo son necesariamente).

Pese a estas "explicaciones (337)" es dudoso que en realidad lo que estemos contemplando no sea un descenso de los valores sociales que decisiones como --- Murry, Moreno, Goldberg o Jimenez enmarcan, descenso -- comenzado a mediados de los años 70.

Sin embargo, es cierto que la teoría del mínimo -- prestacional ha tenido más acogida que la de la igualdad abstracta. La creciente relevancia constitucional que han adquirido fenómenos administrativos como son -- los procedimientos de suspensión-cesación de servicios básicos (338) está en esta línea. Por otra parte, al --

contrario que en Lindsey (339), el T.S. ha anulado esquemas regulatorios de arrendimientos urbanos paralelos al examinado en aquél caso pero aplicables a zonas de viviendas sociales en las que los arrendatarios las recibieron previa demostración de su situación de indigencia, aunque el T.S. sostuvo el fallo sólo con fundamentos de carácter legal o reglamentario pero no constitucional (340).

Michelman ha sugerido, por tanto, que tanto Dandridge (341) como Lindsey son casos en que no está en juego un mínimo prestacional, sino una fijación de niveles de igualdad por encima de ese mínimo que es lo que los tribunales rechazan (342).

A nivel doctrinal, Tribe también ha aceptado plenamente la teoría del mínimo prestacional como valor fundamental de rango constitucional (343) y a nivel práctico los tribunales federales inferiores, al menos en materia educativa (344), también.

Sin embargo, los dicta, obiter o no tan obiter, del T.S. también parecen a veces negar ese mínimo. --- Lindsey es muy claro al respecto: la Constitución no cura enfermedades socio-económicas.

Desde otro punto de vista, distinto, pero no por ello menos original, Clune ha resaltado otro tipo de consenso, más acorde con los valores constitucionales norteamericanos, que servirían de hilo conductor en esta jurisprudencia aparentemente contradictoria. Para Clune el T.S. tiene al menos claro un valor: el de la escapada de los círculos de pobreza. Este es el valor consensuado de rango constitucional. No se trata, como en Michelman, de la existencia legítima de mercados, sino de "la afirmación del principio ético tradicional

en Norteamérica de que la desigualdad puede tolerarse siempre que haya movilidad económica y social (345)". No es la ausencia de prestaciones mínimas en cuanto ta les lo que puede motivar la inconstitucionalidad, sino en cuanto su denegación no favorece la movilidad geo--gráfica, como en Shapiro y Maricopa (346) o incluso, - si se quiere, Edwards v. California (347) o social, co mo en el mínimo educativo. Clune, por tanto, lo que ha ce es especificar conforme a ese criterio de movilidad los mínimos que Michelman construye en abstracto.

El consensus no es la única fuente que se ha adu--cido como vía de constitucionalización de los welfare rights. Ya conocemos otra propuesta del mismo Michel--man en el sentido de recurrir a la racionalidad, como maximalización de beneficios sociales con el menor cos to, y su contestación por Bennett (348). También ha si do Michelman el que ha defendido abiertamente el valor normativo constitucional de la filosofía moral. Al --- igual que con Stuart Mill en el campo de los llamados autonomy cases (349), lo que abiertamente se propone - es la constitucionalización de la filosofía del dere--cho de Rawls (350) o, simplemente, de argumentos filo--sófico-jurídicos paralelos a los de Rawls como pueda - ser por ejemplo la construcción de Grey (351).

Para los escépticos acerca de este tipo de fuen--tes constitucionales (352), quizás convenga recordar - que forma parte de la tradición norteamericana la lla--mada sociolocial jurisprudence que predica la exacta - correlación entre las normas, o subnormas constitucio--nales, y la realidad fáctica sobre la que se aplica. - Cuando la misma mayoría del T.S. que ha negado rango - constitucional a los welfare rights admite que exista una diferencia de envergadura entre lo que a grandes - rasgos constituyen la legislación propiamente económi-

ca y la legislación social, la semilla para la aplicación de distintos niveles de examen de la constitucionalidad está sembrada. En Dandridge este hecho salió a relucir aunque ello no motivara la aplicación del test más estricto de constitucionalidad (353) como predicaba J. Marshall cuyo enfoque más preciso a la hora de calibrar los intereses que toda norma legaliza quizás esté más cerca de la realidad.

El último gran intento reciente de constitucionalizar los welfare rights proviene igualmente de Michelman. Su enfoque ahora no reside en los valores sustantivos o filosófico-jurídicos en que los welfare rights se basan, sino en los valores "procedimentales". Lo -- que Michelman ha propuesto en último término no es ni más ni menos que la aplicación de la metodología de -- Ely. Efectivamente, para Michelman, los welfare rights tienen una conexión absoluta con la participación democrática, sobre todo la educación, y su privación suele responder por excelencia a esquemas de prejuicios mayoritarios que hacen de los indigentes en general la minoría (discreta e insular) típicamente perjudicada por la legislación mayoritaria. En una palabra, la nota 4 a pie de página de Carolene no podía haber dado con un supuesto de aplicación más típico (354). La comparación entre los autonomy rights constitucionalizados recientemente por el Tribunal Burger y los welfare rights, dejados de constitucionalizar, al menos oficialmente, le da obviamente la razón. Pero, como sabemos, tampoco Ely ha sido aceptado por el T.S., sino parcialmente. -- Su versión de la Constitución dista bastante de ser -- realidad en el mundo jurídico norteamericano.

De todas formas, el esfuerzo de Michelman demuestra que el problema no es enteramente uno de fuentes -- normativas, sino que la naturaleza de la justicia cons

titucional, sus límites institucionales, peñan a veces tanto como los sustantivos.

D:2.- Los problemas institucionales.

Constantemente, a lo largo de la exposición de las líneas jurisprudenciales, se han ido poniendo de relieve dos tipos de dificultades básicas ^{a los} ~~que~~ que la constitucionalización de los welfare rights se enfrenta: la atribución de créditos presupuestarios y los problemas de administración de las prestaciones en el caso de -- que los tribunales decidieran meterse a fondo en el tema.

(a).- ¿Cómo administrar los welfare rights?

Todo el campo de los welfare rights es uno de los típicos cuyo reconocimiento no genera para el Estado -- un "no-hacer" sino "una obligación positiva de hacer", un típico derecho prestacional.

El reconocimiento de los mismos implicaría, por -- tanto, para los tribunales, el meterse de lleno en competencias tradicionalmente estatales o locales (federalismo), legislativas o ejecutivas (separación de poderes-función judicial sustantiva); en una palabra, el -- eterno tema de la existencia de "manageable standards" y de remedies apropiados.

Pues bien, ni siquiera en el campo de la educa---ción, donde se tiene al menos 25 años de experiencia -- en la desegregación de escuelas (355), ha sido el T.S. capaz de vencer la inercia (356).

En realidad hace tiempo que este resultado se ha--bía vaticinado. Ya en 1972 se desató uno de los más --

fuertes ataques contra la idea de la utilización de la Constitución, y en concreto del poder judicial, en la persecución de la redistribución de la renta nacional.

Efectivamente, en dicho año, el profesor Winter vino resumidamente a decir "que la noción de welfare rights constitucionales es errónea porque no existen estándares de enjuiciamiento para determinar cuándo se satisfacen los supuestos derechos y los tribunales, en ausencia de esos estándares, no pueden definir ni aplicar esos derechos, salvo que usurpen abiertamente funciones ejecutivas y legislativas (357)".

Winter basa su afirmación en el tipo de decisiones que los tribunales tendrían que tomar, decisiones que harían parecer a los planes de redistribución de distritos electorales "un juego de niños (358)". Dejando aparte las decisiones más generales, como la determinación del grupo a favorecer y la de los servicios, y su nivel, a satisfacer, para lo cual la competencia o habilidad judicial es más que dudosa, el problema de la fijación del cuánto a satisfacer, sin que ello provoque el fenómeno de la reversión (que la actuación -- oficial suprima los incentivos del total del sistema -- motivando de nuevo que los pobres sean más pobres), es un fenómeno que sólo el proceso democrático puede solucionar.

Incluso una aplicación sectorial de la teoría de los servicios mínimos obligaría a los órganos judiciales a hacerse con una información que no poseen y a dotar a las sentencias de una flexibilidad (para corregir disfunciones) que por esencia no constituye la labor de enjuiciamiento, sino la labor legislativo-ejecutiva. Utilizando el ejemplo de las redistribuciones territoriales, Winter resalta que, al fin y al cabo, és-

tas se basaron en una subnorma constitucional (un hombre, un voto) suficientemente general y, a la vez permisiva de pocas variantes (no discrecional según los casos que llegaran a los tribunales). Un sistema judicial de fijación de mínimos prestacionales ofrece infinitamente más alternativas y, por tanto, supone decisiones legislativo-administrativas por esencia.

Frente a este tipo de crítica, los promotores de la constitucionalidad abierta de los welfare rights -- afirman, por un lado, que la constitucionalización de esos derechos no implican necesariamente órdenes judiciales de actuación, sino simplemente su reconocimiento como principio interpretativo (359); por otro, afirman que la pretendida complejidad no lo es tal o, al menos, que los jueces están perfectamente capacitados para tomar este tipo de decisiones. Pueden limitarse a anular esquemas legislativos ordenando la presentación de otros nuevos al legislativo (360) o pueden basarse en expertos como en otras muchas áreas recientemente judicializadas (361). La formulación de posibles planes alternativos al de la imposición local para la financiación de la educación, por ejemplo, ha sido infinita (362). Por ello, acusan simplemente a los defensores de la incapacidad institucional judicial de querer lisa y llanamente salvaguardar prerrogativas a los niveles locales o estatales legislativos de decisión, -- principios de subsidiariedad (363) y federal, que son sustantivos y no institucionales. Para los favorecedores de su constitucionalización sería un problema de búsqueda de remedies adecuados pura y simplemente.

(b).- ¿Ordenar los créditos presupuestarios?.

Las sentencias pueden implicar el desembolso de -- grandes cantidades de dinero en forma de créditos para

vivienda, educación, prestaciones de seguridad social ... etc., etc. Como dice Bennett, "la doble condición de los casos constitucionales de welfare rights, en los que están implicadas cuestiones de discriminación y libertad personal pero en los que realmente lo que está en juego es el dinero, plantean una problemática especial, pues, cuando el segundo de los temas asoma la cabeza, los tribunales tienden a colocarse al lado de otros poderes públicos (364)".

Efectivamente, la deferencia al legislativo de los poderes distribuidores del gasto público es un principio que admite muy pocas excepciones. Por ello el ataque principal a la constitucionalización de los welfare rights se basa en este principio elemental (365).

Existen dos formas de sacudirse de encima este tipo de argumentos. En primer lugar, está la posición rígida, puramente formalista, que indica que en este campo las sentencias judiciales no tienen por qué ser diferentes al resto de las áreas de enjuiciamiento judicial. No sólo hay precedentes recientes, como son los casos de la llamada institutional litigation (366), sino que, en último término, la sentencia no difiere del mandato judicial de indemnización de daños y perjuicios (367).

En segundo lugar, qué duda cabe de que el T.S. es consciente de este problema. Por ello adopta una postura más suave tanto cuando opera a favor del legislativo, configurando una presunción de constitucionalidad (368), como cuando hace caso omiso, indicando que es un factor que no tiene en cuenta en un caso determinado (369). En una palabra, las consideraciones de política económica forman parte realmente de los fundamen-

tos de la sentencia (370). Sin embargo, conviene recordar que siempre ha reconducido estas nociones de oportunidad a principios jurídicos y, en concreto y, sobre todo, al principio de la necesidad del control parlamentario de la disposición del gasto público.

(c).- ¿Imposición de deberes (versus derechos) -- constitucionales?.

Tanto la objeción de la falta de estándares como la del manejo de créditos presupuestarios se basan últimamente en la oposición a los tribunales como artifices del cambio constitucional, imponiendo no sólo límites ("no-hacer") sino obligaciones ("de hacer") a los restantes órganos constitucionales y poderes públicos en general. Sin embargo, últimamente, a nivel técnico, el abanico de Remedies y writs de los tribunales federales ofrece todas las variantes posibles para llevar a cabo ese mandato. De los primeros años del Tribunal Warren se ha admitido como legítima en abstracto esa labor de los tribunales (371) aunque señalándose sus peligros (372). Son los constitucionalistas estrictos como Berger (373) niegan esta posibilidad de imposición de deberes como principio constitucional. Pero, lo que ahora conviene resaltar, es que la constitucionalización de los welfare rights no tiene por qué implicar necesariamente la imposición directa de deberes, sino que existen formas mucho más sutiles de constitucionalización de intereses sin tener que colocar a los tribunales en primera fila. De nuevo ha sido Michelman quien ha formulado esta nueva versión de los derechos constitucionales que se parecen más a nuestros principios de política económica-social que a los derechos constitucionales clásicos del mundo anglosajón donde se está acostumbrado a un todo o nada en la formulación de intereses constitucionales. Appleton ha barrun

tado que estamos ante un "nuevo concepto de los derechos constitucionales (374)", pero ella, junto con Dworkin, quien distingue entre derechos e intereses constitucionales (375) son los únicos que parecen haberse dado cuenta de este giro en el constitucionalismo norteamericano. También Tribe, por otro lado, parece haber asumido esta idea en su estructuralismo (376).

D:3.- La constitucionalización de los "welfare rights" sin la creación judicial de la prestación.

De las distintas fórmulas creadas para salvaguardar a nivel constitucional los welfare rights sin implicar una disfunción judicial de carácter institucional la primera consiste en dejar la iniciativa a los cuerpos legislativos para bloquear el status quo producido por la legislación; la segunda consiste en la judicialización de controles a través del procedural due process y la tercera en la utilización de la técnica de la interpretación de la finalidad de la ley para "presuponer" motivos concordes con los welfare rights.

Sólo la primera y la tercera han sido de algún modo apuntadas por la doctrina actual, teniendo ambas base jurisprudencial más que suficiente. La segunda es, de hecho, ya actualidad, aunque su mecanismo de operatividad no constituye sino sólo muy indirectamente una constitucionalización.

(a).- La petrificación de los derechos de rango meramente legal.

La primera forma de constitucionalizar los welfare rights sin que ello plantee el tema de los tribunales como motores frente a la inacción de otros órganos constitucionales, ni el de las fuentes, consiste en evi-

tar por vía judicial la derogación de las leyes que -- crearon y regularon las prestaciones o los servicios.

Ello puede basarse en dos tipos de argumentaciones totalmente distintas. La primera de ellas no petrificaría totalmente el status quo pero lo sometería al gravamen de indemnizar el recorte de las prestaciones. La segunda es mucho más tajante, pues afirmaría la inamovilidad absoluta de esas prestaciones.

a:1.- La "nueva propiedad" de Reich.

Frente al enfoque clásico de la doctrina al tratar el tema de la privación de prestaciones, -- el calificarlas como derecho o privilegio (377), Reich propuso, en 1964, aceptar definitivamente -- un nuevo concepto de propiedad (378): el Estado -- intervencionista genera expectativas patrimoniales, muchas veces basadas en una reciprocidad por los sistemas de cotización específica para determinadas prestaciones, expectativas que en la actualidad se parecen más a la propiedad privada de un cierto crédito frente a una compañía de seguros que a un beneficio público discrecional. De -- hecho, incluso el trasvase histórico de funciones, de las compañías privadas al Estado, permite cualificarlas de auténtico derecho. En una palabra, así como de un concepto feudal de la propiedad basado en parte en poderes sociales más que en el -- valor de mercado se pasó al concepto liberal, de éste se ha pasado a un concepto de patrimonio basado en prestaciones estatales (Reich utiliza la terminología de state largess) cuya revocación -- "si se hace necesaria, por motivos no achacables al beneficiario individual, sino por motivos legítimos de utilidad pública, quizás sea apropiado --

requerir su pago o justa indemnización (379)".

Al año siguiente, desarrolló todavía más el tema (380) llegando a afirmar que las expectativas creadas por el intervencionismo del Estado -- del Bienestar le han autoobligado a crear un mínimo prestacional hasta la fecha no constitucionalizado por desconexión con la realidad.

Mientras en este segundo aspecto coincide -- con la teoría del mínimo, en el primero hay aspectos realmente novedosos. Independientemente del -- impacto de Reich en el T.S. en el campo del procedural due process (381), su propuesta destaca por la reconducción al esquema expropiatorio del nuevo concepto de propiedad.

En este terreno, sin embargo, el T.S. no ha cedido ni un ápice: el legislativo tiene total potestad a la hora de modificar las prestaciones de la seguridad social. Todo intento de asimilación de los esquemas prestacionales con la propiedad -- privada es falso. Tanto Hisquierdo (382) como -- Fritz (383) se han ocupado muy recientemente de -- destacar la distinta naturaleza de las prestaciones públicas frente a los contratos privados de -- seguros.

a:2.- El alcance de la state action.

Uno de los casos más curiosos de la década -- de los 60 fue Reitman v. Mulky^e (384). No vamos a repetir ahora ni las circunstancias fácticas ni -- la doctrina sentada en el caso aunque recomendamos al lector un breve repaso (385). Reitman permitió distinguir la simple operación neutral de --

derogar leyes de la acción de contenido sustantivo que fue considerada como actuación pública para aplicar la cláusula de igualdad. El caso fue criticado incluso por aquéllos que confesaban públicamente su acuerdo con el resultado (386), pero lo que ahora nos interesa es su conexión con los welfare rights. De nuevo ha sido Michelman -- quien ha indicado que uno de los métodos de constitucionalizar los welfare rights consiste en dejar que el legislativo promulgue programas dirigidos a la satisfacción de necesidades básicas (salvando así las operaciones que podrían formularse a la creatividad judicial directa) para dejar luego al poder judicial su interpretación y mantenimiento. Para Michelman, Reitman refleja claramente "un deber constitucional de no discriminación al que los tribunales no pudieron dar el impulso inicial porque no tenían forma de fijar las cuestiones relativas a la atribución de competencia -- ejecutiva, procedimiento administrativo, poder sancionatorio ... etc. La ley promulgada reflejaba esas variantes y su derogación ... un motivo o una finalidad de la ley claramente inconstitucional (387)". Lo mismo podían hacer los tribunales con la derogación de leyes que establecieran welfare rights. Declarando ciertos motivos o fines de las leyes ilegítimos se podía proceder a constitucionalizar estos derechos prestacionales.

Aunque la técnica de la fijación judicial de los motivos y finalidades de las leyes ha tenido su aplicación en este campo (388), nunca ha llegado el T.S. hasta este extremo. De nuevo pueden citarse los mismos casos recientes de Hisquierdo y Fritz (389). Ni qué decir tiene que el presupuesto del ejercicio 1980-81, con la reformas del Pre

sidente Reagan, dejarían igualmente todo esto muy claro. Por otra parte, si hay algo en los fundamentos de Reitman, es precisamente que el T.S. -- eludió conscientemente el decidir que no se podían derogar las leyes antidiscriminatorias. Todo el caso se basa en que la constitucionalización de la Proposición 14 era "algo más que una mera derogación (390)".

(b).- El procedural due process como vehículo de la constitucionalización de los welfare rights.

Donde más influencia vino a tener la tesis de -- Reich fue en el campo de las garantías que rodean a -- las privaciones de la "nueva propiedad". En este área, el Tribunal Burger ha llevado a cabo una "auténtica revolución (391)", aunque algo recortada en los últimos años (392). Sin embargo, el procedural due process no garantiza en sí mismo absolutamente nada. Simplemente retrotrae los procedimientos administrativos para la incorporación de la motivación y de la audiencia a los -- mecanismos de privación o modificación de prestaciones. No afecta en sí mismo a los derechos sustantivos a dichas prestaciones.

Ni qué decir tiene que esta visión es demasiado -- estrecha. El procedural due process, al garantizar -- unos procedimientos justos, garantiza las motivaciones sustantivas, pues, al constar en el expediente, se sujetan a un control judicial mucho más estricto tanto -- reglamentario como legal o incluso constitucional, independientemente del hecho de que la prolongación del procedimiento aumenta el tiempo en que se continúa cumpliendo el servicio o realizando la prestación y del -- hecho de que el "ser oído" a veces es más importante -- que el resultado.

En cuanto a esto último, tengamos por ejemplo, --- O'Bannon v. Town Court Nursing Center (393), donde el T.S. sostuvo que los residentes de un asilo para ancianos no tienen derecho de audiencia en un expediente de revocación de la decisión de proveer al centro con fondos públicos, pese a que la revocación supusiera el --- traslado (incluso con "efectos inmediatamente adversos") de ancianos. Independientemente de la cuestión de si su interés era suficientemente relevante a efectos sustantivos (394), ¿qué duda cabe de que su audiencia en el --- procedimiento no sólo era cuestión de justicia procedimental o administrativa, sino igualmente de que podían haber influenciado sustantivamente el proceso de toma de decisión!.

En cuanto a lo primero, el sistema de enjuiciamiento de qué sea lo que constituye "propiedad" o "libertad" a efectos de atribuir necesariamente o no la motivación y la audiencia a los procedimientos de privación, hace que inevitablemente se juzgue en cierta manera el fondo. Dado que no hay un procedimiento administrativo uniforme y general, el T.S. aplica las reglas básicas de ese procedimiento (motivación y audiencia) a las decisiones que afectan a intereses sustantivos de relevancia suficiente (¿intereses constitucionales?). El juicio acerca de la relevancia se convierte así inevitablemente en un juicio sobre el fondo. Como dice Ely, "parece ser, sabes, que el que (el interés afirmado) sea o no un interés (con relevancia constitucional a efectos de la aplicación del due process) depende de si tienes o no derecho a ese primer interés; lo que quiere decir que el T. S. tiene que decidir si tienes derecho a él antes de decidir si tienes derecho a ser oído si tienes derecho a él (395)". Este juego de palabras trata de describir un fenómeno real. Sólo los que tienen una auténtico derecho al empleo y no los que tienen un contrato temporal

no automáticamente renovable (396) tienen un interés - suficiente para ser oídos, luego se está decidiendo an tes la cuestión de quién tiene derecho al empleo de la de quién tiene derecho a ser oído acerca de si se tie- ne o no derecho al empleo.

Sin embargo, ello no pasa siempre, sino sólo en - los casos en que de lo que se priva a alguien es de al go cuya calificación de simple expectativa o de autén- tico interés es borrosa. Si cogemos, por el contrario, el caso típico, Goldberg (397), el prescribir como obli- gatoria la motivación y la audiencia para privar de -- prestaciones del programa AFDC no prejuzga que se ten- ga efectivamente derecho a la prestación o si cogemos Memphis (398) tampoco quiere decirse que se tenga dere- cho a los servicios de agua, gas y electricidad sin su pago. La acción del procedural due process es aquí más débil: (A) Garantiza la justicia procedimental adminis- trativa, que ya es un valor en sí mismo, operándose -- una forma muy tenue de "constitucionalización", y (B) Facilita la probable revisión judicial contencioso-ad- ministrativa de los motivos alegados por el órgano que suspende la prestación o el servicio y el control por tercero de los hechos determinantes, garantía ya mu- cho más sustantiva y (C) Cohibe la suspensión o presta- ción de derechos motivadas inconstitucionalmente, pre- cisamente por miedo al control de los motivos.

Tengamos, por ejemplo, en el ámbito académico del derecho a la educación, University of Missouri Board - of Curators v. Horowitz (399), donde se "despidió" de una Facultad de Medicina a una estudiante cuyas califi- caciones superaban los mínimos pero cuya conducta (tra- to con enfermos y profesores) y forma de vestir "no -- concordaba" con las expectativas sociales ante un pro- fesional de la Medicina. El único tema que se plantea-

ba era el de si el procedimiento empleado era suficiente (400). En este caso la solución que se diera al tema procedimental tenía una doble vertiente más sustantiva. Por un lado, la apreciación de ese procedimiento como suficiente dejaba a la Universidad un campo de decisión intraacadémico, paralelo al de la libertad de cátedra o de enseñanza, que tiene enorme relevancia -- sustantiva y, por otro lado, indirectamente se estaba juzgando la "no convencionalidad de su modo de vida en relación con la profesión médica (401)", juicio sobre el fondo, "a lo Ely", que, de haberlo considerado los curators de la Universidad inconstitucional, les habría inhibido.

Esta ligazón entre derechos sustantivos y procedimentales llega al culmen, como acertadamente han observado Nowak, Rotunda y Young, con la teoría de las presunciones irrefutables (402). Los casos prototípicos son La Fleur (403) y Turner v. Department of Employment (404). El T.S. declaró inconstitucional en el primero de ellos un reglamento de un distrito escolar que hacía obligatoria para las profesoras la suspensión laboral, sin salario, durante el embarazo y en el segundo una ley estatal que negaba a las trabajadoras embarazadas la prestación de desempleo durante 12 semanas antes y 6 después del parto. De hecho, el embarazo en cuanto tal no es condición sospechosa como el sexo -- (405). Sin embargo, utilizando la técnica de la inconstitucionalidad de las presunciones legislativas iuris et de iure el T.S. consideró que el no dejar de mostrar a las trabajadoras su habilidad para continuar -- trabajando durante ese período iba en contra del due process. La falta de posibilidad de individualizar en un expediente concreto fue utilizada obviamente como -- pretexto (406) para condenar posibles motivos sustantivos inconstitucionales (407). Fondo y forma aparecen --

ahora sí inextrincablemente unidos.

(c).- Los welfare rights como meros principios interpretativos.

Sin embargo, la gran técnica que ha utilizado el T.S. para la constitucionalización de ciertos welfare rights ha sido la de la interpretación de la finalidad de la norma enjuiciada como concorde con posiciones favorables a la extensión de dichos welfare rights. Esta técnica, primero, ha permitido la anulación de leyes denegatorias de algunas prestaciones sociales (Moreno, Jimenez) operando tanto a nivel legal como constitucional, gozando cada vez más de un cierto consenso judicial, pues, como mínimo, siempre ha reunido tres jueces disidentes; y, segundo, ha permitido al T.S. favorecer la extensión en vez de la limitación de las prestaciones.

No queremos a estas alturas cansar a un lector repitiendo jurisprudencia que ha salido a relucir a lo largo de esta tesis. Tanto cuando tratamos el tema de la extensión versus invalidación como alternativa que necesariamente viene provocada por la anulación de leyes en virtud de la aplicación del principio de igualdad, al estudiar los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad (408), como cuando estudiamos la auténtica operatividad del llamado test de la racionalidad o de la discriminación razonable cuando estudiamos la razón como fuente constitucional (409), se puso muy claramente de relieve cómo no era nada difícil reconducir la finalidad de una ley que otorga prestaciones a la de la máxima cobertura posible que normalmente suele figurar en todos los preámbulos de dichas leyes. Los welfare rights no serían así un derecho entendido como tal, que obligara al Estado a pres-

tarlos, sino que se quedarían simplemente en este rango interpretativo justificando el aumento o la ampliación del ámbito de aplicación de leyes prestacionales que excluyen a personas o colectivos determinados. La distinción de Dworkin entre normas y principios se basa precisamente en este dato. Las normas imponen automáticamente un deber y, por consiguiente, otorgan un derecho; — los principios, prima facie no establecen mandatos jurídicos en forma de obligación o de derecho, sino que ayudan a dar funcionalidad a otra norma preexistente y distinta del principio mismo que se intenta aplicar (410). El método estructural de Tribe se basa precisamente también en esta distinción para lo cual bástenos recordar ahora su ejemplo de cómo la teoría de la delegación puede funcionar como límite tajante a la constitucionalidad de determinadas leyes o como principio interpretativo de si dichas leyes pueden o no ser consideradas inconstitucionales en virtud de otros aspectos a los que la teoría de la delegación ayuda a funcionalizar (411).

Resulta, pues, indudable que por lo menos a nivel de principio y por otros mecanismos más débiles que su reconocimiento como derecho ha habido una cierta constitucionalización de los welfare rights y, lo que queda — todavía más claro, puede producirse ésta sin gran distorsión en los límites inherentes en la propia naturaleza de la justicia constitucional. También resulta bastante claro que la tendencia del Tribunal Warren en sus últimos años era mucho más fuerte. Lo que parecía que iba a llegar era la constitucionalización como auténtico derecho, bien por la vía del mínimo, bien por otras. No es pues de extrañar que si se habla hoy en día de — constitucionalización de los welfare rights en Norteamérica haya quién niegue tajantemente que dicha constitucionalización se ha producido (412) o quién indique que pese a haber estado constitucionalizados la decadencia

de dichos derechos ha sido prácticamente total (413), a la vez que tampoco debe sonar a raro que haya constitucionalistas norteamericanos que reconozcan actualmente que dicha constitucionalización sí se ha operado -- (414).

NOTAS AL CAPITULO V

- (1) Véase supra Capítulo II.
- (2) Véanse, especialmente, Fryg, The Judicial Power of the Purse, 126 U Pa L Rev 715 (1978). y Bennett, Liberty, Equality, and Welfare Reform, 68 N W U L Rev 74 (1973).
- (3) Véase especialmente Winter, Poverty, Inequality, and the Equal Protection Clause, 1972 S Ct Rev 41.
- (4) Véase especialmente Bork, The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution, 1979 Wash U L Q 695.
- (5) Véase supra Capítulo III, *pgs 202 y ss.*
- (6) Véanse Michelman, In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice, 121 U Pa L Rev 962 (1973) y Michelman, Welfare Rights in a Constitutional Democracy, 1979 Wash U L Q 659.
- (7) Véase supra Capítulo IV, *pgs. 202 y ss.*
- (8) Appleton, Professor Michelman's Quest for a Constitutional Welfare Right, 1979 Wash U L Q 715, 719.
- (9) Id., pgs. 718-722.
- (10) Véase supra *pgs. 452 y ss.*
- (11) Esta terminología es usada tanto por la doctrina como por el mismo TS. Como veremos, sin embargo, se ha rechazado expresamente que la riqueza sea una clasificación sospechosa.

- (12) Su mayor proponente ha sido sin duda Tushnet, The Newer Property: Suggestion for the Revival of Substantive Due Process, 1975 S Ct Rev 261.
- (13) Todos concuerdan con Michelman en que la pregunta "¿Por qué educación y no golf?" es una pregunta realista y de sentido común, aunque las respuestas difieran. La pregunta concluye el primer estudio que Michelman dedicó al tema: uno de los famosos prólogos de la Harv L Rev. Véase Michelman, Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, 83 Harv L Rev 7, 59 (1969).
- (14) Véase supra *pgs 452 y ss.*
- (15) 351 US 12 (1956).
- (16) Véanse, por ejemplo la opinión mayoritaria de J. Black y la concurrente de J. Frankfurter en Griffin.
- (17) 351 US 12, 17 (1956).
- (18) Id., pg. 19.
- (19) Id., pg. 23.
- (20) 372 US 352 (1963).
- (21) De J. Harlan en Griffin.
- (22) Ross v. Moffitt, 417 US 600 (1974).
- (23) Fuller v. Oregon, 417 US 40 (1974).
- (24) Boddie v. Connecticut, 401 US 371 (1971).

- (25) Little v. Streater, 49 USLW 4581 (1981).
- (26) United States v. Kras, 409 US 434 (1973).
- (27) Lassiter v. Department of Social Services, 49 USLW 4586 (1981) y eso que se trata de la disputa acerca de la privación de la patria potestad para que ésta (o la tutela) pasara a ser ejercitada por un servicio social estatal.
- (28) Ortwein v. Schwab 410 US 656 (1973).
- (29) Véase la explicación del proceso seguido por esta línea jurisprudencial en Clune, The Supreme Court's Treatment of Wealth Discrimination Under the Fourteenth Amendment, 1975 S Ct Rev 289, 295-315; Note, The Decline of the New Equal Protection: A Polemical Approach, 58 Va L Rev 1489 (1972).
- (30) Ortwein v. Schwab, 409 US 656 (1973).
- (31) 399 US 235 (1970).
- (32) 430 US 817 (1977).
- (33) Al año siguiente anuló el TS otra ley en otro caso muy parecido aunque se trataba de multas de tráfico. Véase Tate v. Short, 401 US 395 (1971).
- (34) Véase 399 US 235, 264 (1970). En el mismo sentido, GUNTHER, pg. 945 y Clune, Op. cit. supra nota 29, pg. 302.
- (35) Véase, en este sentido, Clune, Op. cit. supra nota 29, pgs. 301-03.

(36) 430 US 817 (1977).

(37) Véase supra *pp. 71 y ss.*

(38) Frug, Op. cit. supra nota 2, pg. 761.

(39) Este programa existe en muchas universidades norteamericanas ya que el estudiante se limita a constatar las posibles ilegalidades y son los profesores (normalmente penalistas) quienes, por cláusula del contrato con la universidad, les ^{representan} gratis en el proceso.

(40) 383 US 663 (1966).

(41) El derecho de voto no aparece para nada mencionado expresamente en la constitución en cuanto tal derecho aunque sí aparece el principio de igualdad en su ejercicio lo que indirectamente presupone su rango constitucional.

(42) Véase GUNTHER, pg. 927.

(43) Las líneas jurisprudenciales motivadas por Harper son numerosas pudiendo resumirse en cuatro grupos: (A) la extensión del voto a todo tipo de elecciones en subdivisiones locales y administrativas, Kramer v. Union Free School District n° 15, 395 US 621 (1969), aunque el Tribunal Burger comenzó a tocar fondo al sostener la validez de la restricción del derecho de voto en los distritos para almacenamiento de agua (parecido a nuestras comunidades de regantes) cuando se otorga sólo a los propietarios que se benefician del riego u otro uso, en Salyer Land Co. v. Tulare Lake Basin Water Storage Dis-

trict, 410 US 719 (1973), caso que fue considerado una excepción al principio de un hombre, un voto que formulara C.J. Warren. Pero el curso pasado se ha visto que la excepción es ampliable ya que en Ball v. James, 101 S Ct 1811 (1981), el TS la reafirmó extendiéndola incluso a distritos en que la mayoría de los afectados no eran propietarios (en Salter prácticamente afectados y propietarios, por el uso que del agua se hacía, coincidían); (B) La anulación de restricciones por motivos financieros y otros a candidatos y partidos políticos. El ejemplo más reciente es Illinois Elections Board v. Socialist Workers Party, 440 US 173 (1979), donde el TS anuló una ley de Illinois que requería que los nuevos partidos políticos y candidatos presentaran mayor número de firmas de potenciales votantes para las elecciones en Chicago que para las elecciones en el resto del Estado; (C) La anulación de restricciones del derecho de sufragio a ex-convictos, Richardson v. Ramirez, 418 US 24 (1974); (D) La anulación de los requisitos de tiempo de residencia exagerados previos a la celebración de las elecciones, Dunn v. Blumstein, 405 US 330 (1972) aunque en estos casos también está en juego el interés fundamental consistente en el libre movimiento interestatal.

(44) 394 US 618 (1969).

(45) Id., pg. 627.

(46) Id..El TS señaló acertadamente que los programas de la seguridad social denegados no son de aquellos en los que se exige previa cotización. Eran el AFDC y el APTD (véase infra C:5 (a) de este capítulo V.

- (47) Sobre la teoría del mínimo volveremos más tarde. Véase infra apartado D:1 de este Capítulo V.
- (48) Véase el voto de J. Powell en San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 US 1 (1973) interpretando así Shapiro.
- (49) Véanse Califano v. Aznavorian, 439 US 170 (1978) y, en este último curso, Haig v. Agee, 101 S Ct 2766 (1981).
- (50) Véase el voto particular en Sosna v. Iowa, 419 US 393 (1975), donde el TS sostuvo la validez de una ley estatal requiriendo la residencia al menos durante un año para poder ejercitar una acción de divorcio.
- (51) Clune, Op. cit. supra nota 29, pgs. 317-18.
- (52) Véase supra nota 43.
- (53) 415 US 250 (1974).
- (54) Véase infra el apartado B del Capítulo IV:7.
- (55) 383 US 663 (1966) Véase texto que sigue a la nota 41.
- (56) Véase texto que acompaña a la nota 46.
- (57) 426 US 833 (1976).
- (58) Tribe, Unravelling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Governmental Services, 90 Harv 1065 (1977).

- (59) Michelman, State's Rights and State's Roles: The Permutations of 'Sovereignty' in National League of Cities v. Usery, 86 Yale L J 1265 (1977).
- (60) 426 US 833, 851 (1976).
- (61) Véase TRIBE, pg. 314.
- (62) Véase Michelman, Welfare Rights in a Constitutional Democracy, 1979 Wash U L Q 715.
- (63) Véase infra pps. 970 y ss.
- (64) Actualmente su aplicación es uno de los campos típicos donde actúa el balancing ~~de~~ intereses desde Mathews v. Eldridge, 424 US 319 (1976). Véase supra pps. 573 y ss.
- (65) 436 US 1 (1978).
- (66) Véase infra pps. 974 y ss.
- (67) Véase el enorme campo de acción constitucional dejado al planeamiento urbanístico en Agins v. City of Tiburon, 447 US — (1980), donde el TS admitió la validez de un plan que privó a los promotores de viviendas en una de las mejores zonas de San Francisco (si no la mejor) de enormes beneficios potenciales.
- (68) Véase ^{g)} Arlinton Heights, supra pps. 389 y ss.
- (69) Véase Warth v. Seldin, 422 US 490 (1975). Volveremos sobre el mismo.

- (70) Véase, recientemente, Schad v. Borough of Mount Ephraim, 49 USLW 4597 (1981), donde el TS anuló una ordenanza que excluía de entre los posibles centros comerciales todas las modalidades de entretenimiento, incluyendo el "baile desnudo, no-obsceno" protegido por la primera enmienda.
- (71) 431 US 494 (1977). Véase supra pgs. 491 y ss.
- (72) El esquema era muy complejo pero en la práctica resultaba que una abuela podía vivir con sus nietos si éstos eran hermanos pero no si eran primos.
- (73) Véase Belle Terre v. Boraas, 416 US 1 (1974) (se trataba de varios estudiantes que tenían alquilado un piso en común).
- (74) 402 US 137 (1971).
- (75) 405 US 56 (1972).
- (76) 50 Stat 888, 42 USC Sección 1401 et seq.. La ley creó una agencia federal encargada de otorgar préstamos y subvenciones a proyectos de viviendas sociales. Normalmente en cada Estado hay una agencia equivalente para examinar y aprobar los proyectos, siendo éstas las prestatarias o donatarias de los fondos federales.
- (77) He traducido por proyectos de viviendas sociales el término low-rent housing project.
- (78) Sobre el alcance de las discriminaciones de iure por razón de la condición económica véase infra apartado D:1.

- (79) Cuando el factor racial entró en juego el TS no dudó en desbloquear esta mayor desventaja (necesidad de referendum) para la minoría racial. Véase Hunter v. Erikson, 393 US 385 (1969) y Hills v. Gautreaux, 425 US 284 (1976). Este último supra *pgs 45 y ss.*
- (80) Voto mayoritario de J. Black.
- (81) Véase supra *pgs 458 y ss.*
- (82) 405 US 56 (1972).
- (83) En concreto la due process por no dar la ley tiempo suficiente (dos días) a los arrendatarios para preparar adecuadamente el juicio de deshaucio (en el que por otra parte no se podía alegar mas excepción que la del pago de la renta, y no cualquiera otra sustantiva como lo era en el caso concreto la negativa del propietario a hacer determinadas reparaciones urgentes que según la ley le correspondía hacer). y la de due process por imponer la pena del pago del doble de la renta si el arrendatario perdía el juicio (lo que fue declarado inconstitucional por afectar al derecho fundamental de acceso a la justicia).
- (84) En suma, se reconducían las dos demandas de due process en una de equal protection contra los arrendatarios como categoría.
- (85) Esta frase se ha convertido en el slogan de los actuales partidarios del judicial restraint.
- (86) 422 US 490 (1975).

- (87) Véase, especialmente, Flast v. Cohen, 392 US 83 (1968) concediendo legitimación a los contribuyentes para impugnar los presupuestos que infrigen la cláusula de separación Iglesia-Estado. Es otro de los hitos de la jurisprudencia Warren.
- (88) 429 US 252 (1977). Véase supra pgs 389 y ss. Véase la comparación de la legitimación exigida en ambos en GUNTHER, pg. 1639 nota a pie de página y con otros casos en TRIBE, pgs. 94-97.
- (89) J. Brennan, al que se unieron J.J. White y Marshall.
- (90) El término quiere indicar todos los casos en que por una vía u otra se pretende excluir de los conjuntos residenciales a determinado grupo social. Tradicionalmente el TS había sido muy tajante con estos efectos cuando lo excluido eran minorías raciales. Su postura era tal que dio lugar en los años 50 a que la Constitución alcanzara a transacciones inmobiliarias privadas. Véase supra pgs. 306 y ss.
- (91) 67 N J 151, 336 A 2d 713 (1975) denegado el certiorari por el TS.
- (92) 336 A 2d 713, 717 n. 3.
- (93) Id., pg. 724.
- (94) Id., pg. 731.
- (95) Id., pg. 732.
- (96) Id., pg. 723.

- (97) Id., pg. 725.
- (98) Véase supra ffs. 630 y ss.
- (99) Véase, en general, EDWARDS, CLARK & CRAVER, LABOR RELATIONS IN THE PUBLIC SECTOR: CASES AND MATERIALS (Bobbs-Merrill, 2^a ed., 1979) y la bibliografía citada en las notas a pie de página 1 a 16 de Frug, Does the Constitution Prevent the Discharge of Civil Service Employees ?, 124 U Pa L Rev 942 (1976).
- (100) Elrod v. Burns, 427 US 347 (1976) Véase supra ffs 100 y ss. Véase igualmente Branti v. Finkel, 445 US — (1980).
- (101) Salvo el lógico de si era un derecho o un privilegio legal (véase 427 US pgs. 360 y ss. especialmente n. 15), cuestión de todas formas irrelevante pues hace tiempo que en el Derecho Norteamericano los criterios de enjuiciamiento de la acción pública son iguales para ambos. Véase Van Alstyne, The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law, 81 Harv L Rev 1439 (1968). El empleo público es, pues, uno de los campos de aplicación por excelencia de la doctrina de las "unconstitutional conditions" (para otorgar algo a'lo que no se tiene dercho...¿pueden los poderes públicos otorgantes exigir la renuncia al ejercicio de un dercho constitucional?).
- (102) GUNTHER, pg. 658 n. 1.
- (103) Véase, por ejemplo, Garner v. Los Angeles Board of Public Works, 341 US 716 (1951), donde el TS admitió la validez de la denegación de empleo público a los promotores de cambios violentos de gobierno,

- (104) NAACP v. Alabama, 357 US 449 (1958), donde el TS declaró inconstitucional la petición del Estado a la NAACP de descubrir la lista de asociados, y, sobre todo, Shelton v. Tucker, 364 US 479 (1960) en que, ahora ya dentro del ámbito de la "subversión", declaró inconstitucional una ley de Arkansas obligando a los profesores a dar fe de las organizaciones a las que habían contribuido durante los últimos cinco años.
- (105) Véase, por ejemplo, Slochower v. Board of Higher Education, 350 US 551 (1956), declarando inconstitucional por falta de due process el despido sumario de un profesor de college con tenure al haber este alegado el privilegio de autoacusación de la enmienda nº 5.
- (106) 408 US 564 (1972).
- (107) 408 US 593 (1972).
- (108) Id..
- (109) 416 US 134 (1974).
- (110) Uno de los mayores problemas de aplicación de la cláusula expropiatoria es el de si la delimitación legal del derecho (por el ordenamiento estatal) constituye como un taking.
- (111) La sentencia fue formulada por J. Rehnquist y se unieron a ella sólo C.J. Burger y J. Stewart. J.J. Powell y Blackmun concurrieron y J. White concurrió y disintió en parte. En su conjunto las seis jueces restantes (tres concurrentes y tres disidentes) rechazaron el enfoque consistente en remitir al derecho estatal o federal ordinario.

(112) 427 US 307 (1976).

(113) Analizando la línea jurisprudencial Roth-Perry-Arnett, Frug llega a la conclusión de que la Constitución permite al Congreso y al Presidente modificar los procedimientos de despido del personal frente a la tendencia a judicializar y dar más rigidez mediante el control de los hechos determinantes alegados en la motivación y en la audiencia. Véase Frug, Op. cit. supra nota 99, pgs. 1001 y 1011.

(114) Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 US 307 (1976).

(115) Véase Vance v. Bradley, 440 US 93 (1979).

(116) Véase Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division, 49 USLW 4341 (1981).

(117) Véase Sherbert v. Verner, 374 US 398 (1963).

(118) Volveremos sobre estos casos al tratar sobre el seguro de desempleo.

(119) 442 US 228 (1979).

(120) Véase supra pgs. 59 y ss.

(121) Se trata, pues, de la extensión de la norma de Bivens v. Six Unknown Named Agents, 403 US 388 (1971), (posibilidad de indemnización directamente deducida del precepto constitucional).

(122) Véase infra pgs 94 y ss.

- (123) Véase supra *pgs 552 y ss.*
- (124) Véase infra *pgs 944 y ss.*
- (125) In Re Griffiths, 413 US 717 (1973).
- (126) Sugarman v. Dougall, 413 US 634 (1973).
- (127) Examining Board v. Flores de Otero, 426 US 572 (1976).
- (128) Nyquist v. Mauclet, 432 US 1 (1977).
- (129) State Troopers, en Foley v. Connelie, 435 US 291 (1978).
- (130) Ambach v. Norwick, 441 US 68 (1979).
- (131) Hampton v. Mow Sun Wong, 426 US 88 (1976).
- (132) Véase McCurdy, Op. cit. supra nota 578 del. Capítulo IV.
- (133) Véase infra *pgs 945 y ss.*
- (134) 414 US 632 (1974).
- (135) Véase supra *pgs 453 y ss.*
- (136) Véanse Meyer v. Nebraska, 262 US 390 (1923) y Pierce v. Society of Sisters, 268 US 510 (1925).
- (137) 347 US 483 (1954).
- (138) 411 US 1 (1973).
- (139) Harold Horowitz llamaba al grupo informal de abogados

defensores de estos casos "los serranoisseurs" siguiendo la terminología del primer caso (Serrano v. Priest, en California). En total había unas treinta demandas en veinte Estados según el New York Times de 19 de enero de 1972.

- (140) Véase COONS, CLUNE & SUGARMAN, PRIVATE WEALTH AND PUBLIC EDUCATION (1970).
- (141) Al menos así era en California donde las autoridades escolares mostraron su intención de no apelar al TS si el Tribunal Supremo del Estado fallaba contra el Estado.
- (142) Se daba el caso de que distritos más ricos recaudaban más dinero por alumno con un tipo impositivo más bajo. En California, por ejemplo, mientras Beverly Hills tenía un tipo del 2.38 % siendo capaz de gastar un total de 1232 \$ por alumno, Baldwin Park (en el mismo condado) tenía un tipo del 5.48 % para gastar 577 \$ por alumno. La cifra es de Karst, Serrano v. Priest: A State Court's Responsibilities and Opportunities in the Development of Federal Constitutional Law, 60 Cal L Rev 720, 730 n. 41 (1972).
- (143) La representación en los shool boards es universal desde que Kramer v. Union Free School District n° 15, 395 US 621 (1969) impusiera en ellos la regla un hombre, un voto.
- (144) 405 US 56 (1972).
- (145) 402 US 137 (1971).
- (146) 397 US 471 (1970).
- (147) Véase supra *pp. 632 y ss.*

- (148) La opinión fue redactada por J. Powell, uniéndose a ella C.J. Burger y J.J. Blackmun y Rehnquist. J. Stewart hizo un voto concurrente. J. Brennan disintió así como J. White, voto al que se unieron J. Douglas y J. Brennan, y J. Marshall hizo otro voto disidente al que se unió J. Douglas.
- (149) El resumen que sigue lo es de Sager, Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms, 91 Harv L Rev 1212, 1218 (1978) aunque para su mejor localización he incluido la cita exacta de los United States Reports.
- (150) 411 US 1, 41 (1973).
- (151) Id., pg. 43.
- (152) Id., pg. 44.
- (153) Véase supra Capítulo II.
- (154) Véase infra pgs. 970 y ss.
- (155) Su tesis ha sido ya expuesta. Véase supra pgs. 593 y ss.
- (156) En nota a pie de página analizó todas y cada una de ellas.
- (157) Cuando el TS enjuició San Antonio al menos cuatro Estados habían anulado esos esquemas impositivos (California, Minnesota, Michigan y New Jersey). Después, y hasta 1976, California, Michigan y New Jersey los han mantenido. Idaho apreció su constitucionalidad. Arizona también pese a declarar la educación interés fundamental y el Estado de

Washington declaró que el derecho fundamental , reconocido expresamente en su Constitución, era una orden dirigida al ejecutivo y al legislativo. Véase Howard, Op. cit supra nota 1444 del Capítulo IV, pgs. 916-23.

(158) 419 F Supp 960 (E D Pa 1976) affirmed, 557 F 2d 373 (3d Cir. 1977).

(159) Lau v. Nichols, 414 US 563 (1974).

(160) Pero probablemente lo será como el derecho de los hijos de inmigrantes clandestinos, que ya ha sido enjuiciado en Texas.

(161) La distinción en los programas en la psicología del perceptor y de los administradores es bastante profunda ya que los programas de asistencia tienden a considerarse como pura beneficencia dando lugar la percepción a un cierto stigma social, mientras que los de seguridad social strictu sensu tienden más a ser considerados como un derecho. Véase, en general, Friedman, Social Welfare Legislation: An Introduction, 21 Stan L Rev 217 (1969) y Wilson, & TenBroek, Public Assistance and Social Insurance — A Normative Evaluation, 1 UCLA L Rev 237 (1954).

(162) Para una mayor especificación del contenido de los programas véase BRUDNO, POVERTY, INEQUALITY, AND THE LAW (West Pub. Co., 1976), pgs. 487-783.

(163) 397 US 254 (1970).

(164) Id., pg. 264.

(165) Id., pgs. 264-65.

(166) Id., pg. 265.

(167) Id..

(168) La mejor recolección de dicta de este tipo en todos los casos relativos a los welfare rights se encuentra en los apéndices a la obra de Michelman, Welfare Rights in a Constitutional Democracy, 1979 Wash U L Q 659, 686-93.

(169) Fuentes v. Shevin, 407 US 67, 89-90 (1972), donde lo dijo de pasada ya que el caso se refiere a procesos civiles de embargo y secuestro de bienes.

(170) 425 US 319 (1976).

(171) TRIBE, pg. 1127. Véase supra nota 161.

(172) 400 US 309 (1971).

(173) Véase infra *pgs 971 y ss y pg. 936*

(174) 155 Mass 216, 29 N E 517 (1892).

(175) Véase infra *pgs 971 y ss y pg. 936*

(176) 363 US 603 (1960).

(177) No para la doctrina, apoyándose en el propio TS en otros campos. Véase *infra pgs. 970-973.*

(178) 47 USLW 4141 (1979).

(179) Id., pg. 4142.

(180) Véase supra *pgs 458 y ss.*

(181) 397 US 471 (1970).

(182) El AFDC tiene un esquema legal de federalismo cooperativo negociándose entre los Estados y el Gobierno federal los niveles de asistencia prestacional y la correlativa financiación federal. En algunos casos ello da lugar a ataques simplemente de delegación legislativa (ley federal-ley, o normalmente reglamento, estatal). Pero también puede dar lugar a ataques constitucionales basados en la cláusula de igualdad no sólo por la fijación de mínimos en los distintos programas sino incluso por su interrelación (atribución por algún Estado de más dinero del fondo global federal a unos programas en perjuicio de otros: véase Jefferson v. Hackney, 406 US 535 (1972). En el caso concreto de los mínimos del programa AFDC algunos Estados proveen que ~~todas las~~ familias recibirán prestaciones pecuniarias suficientes para cubrir todo el standard de necesidad; otros legislaron que cada familia recibiría dinero para proveer a un porcentaje de ese standard; otros proveían con el pago a del total des standard a la mayoría de las familias pero imponían un límite máximo al importe total que podía percibir cada familia. A este último grupo pertenecía el esquema adoptado por Maryland.

(183) Al que se unió J. Brennan. J. Douglas formuló un voto particular basándose en el problema de la estricta legalidad. Tanto la sentencia de J. Stewart como la de J. Marshall enfocan primero el tema desde la legalidad y luego desde la constitucionalidad.

(184) Se trata, pues, de hacer a la clase "sospechosa" resaltando en ella las características de la nota de Carole-ne.

- (185) J. Marshall insistirá en que son los menores de edad necesitados quienes en realidad se ven privados de los medios de subsistencia.
- (186) Véase supra pg. ³⁶⁹~~598~~. J. Marshall siempre fue el promotor de dejar la dicotomía strict-rational scrutiny en favor de una sliding scale de valores constitucionales. Véase supra ~~pgs~~ 593 y ss.
- (187) Véase supra ~~pgs~~ 383 y ss.
- (188) Id..
- (189) 397 US 471 (1970).
- (190) Véase supra nota 183.
- (191) 392 US 309 (1968).
- (192) Excluía de los posibles perceptores a las familias cuando un hombre, casado o soltero, (a) vivía en la casa con la madre natural o adoptiva del niño, cohabitando con ella; (b) si la visitaba frecuentemente con ese fin; o (c) si cohabitaba con la madre aunque no fuera en la casa. La Social Security Act permite la exclusión cuando el padre no está ausente continuamente de la casa.
- (192 bis) Aun reconociendo que en los orígenes de la ley la idea de compensación a las "buenas viudas" estuvo presente.
- (193) 413 US 528 (1973).
- (194) Id., pg. 529.

- (195) 417 US 628 (1974).
- (196) Véase supra *pgs. 369 y ss.*
- (197) 49 USLW 4035 (1980).
- (198) 45 USLW 4544, 4550 (1977).
- (199) Un trabajador de altos hornos fue despedido por el cierre de dichos altos hornos por falta de suministros, falta motivada por una huelga nacional de mineros del carbón.
- (200) 49 USLW 4207 (1981).
- (201) Véase supra *pgs. 398 y ss.*
- (202) Véase supra *pgs. 737 y ss.*
- (203) Véase infra *pgs. 953 y ss.*
- (204) Un estudio más detallado se encuentra hoy en cualquier manual de Derecho Constitucional. Véanse por ejemplo GUNTHER, pgs. 864-886 y 897-908; TRIBE, pgs. 1057-1081; NOWAK et al., pgs. 601-618.
- (205) 404 US 71 (1971).
- (206) Aunque no se refiere a prestaciones sociales lo he incluido por su relevancia en cuanto derecho social a la igualdad en el empleo.
- (207) 411 US 677 (1973).
- (208) 417 US 484 (1974).

(209) 420 US 636 (1975).

(210) 429 US 125 (1975).

(211) Véase *supra* pgs. 701 y ss. De todas formas el Congreso anuló a su vez Gilbert modificando dicho Título VII prohibiendo la discriminación por embarazo.

(212) 430 US 199 (1977).

(213) Este caso, al igual que Weinberger v. Wiesenfeld, *supra* nota 209, parecían discriminación contra el marido superviviente. Sin embargo el TS, muy acertadamente, los admitió como discriminaciones contra la mujer funcionaria o trabajadora porque su empleo no generaba como cuasi-prestación a su trabajo un seguro tan amplio en cobertura de familiares como el del hombre trabajador.

(214) 430 US 313 (1977).

(215) Se basaba en que la pensión se calculaba sobre el salario medio, que a su vez se saca de la media de salarios más altos percibidos en un determinado número de años (desde 1950 hasta aquel en que el trabajador cumple 65 o la trabajadora 62). En resumen ello permitía a los trabajadores sacar algunos años (los más bajos de salario, lógicamente) para el cómputo de la media que, en último término, repercutiría en la pensión.

(216) 434 US 136 (1977).

(217) 435 US 702 (1978).

(218) Véase *supra* pgs. 712 y ss.

(219) 442 US 256 (1979).

(220) Véase supra pgs 389 y ss.

(221) 443 US 76 (1979).

(222) Véase supra pgs. 212 y ss.

(223) 446 US —(1980).

(224) Véase Rostker v. Goldberg, 101 S Ct 2646 (1981).

(225) Véase Michael M. v. Superior Court, 101 S Ct 1200 (1981) donde el TS sostuvo una ley penal de California que penalizaba a los varones (y no a las mujeres) por cohabitación con una menor de 18 años.

(226) Véase Kahn v. Shevin, 416 US 351 (1974), donde el TS mantuvo la validez de una exención fiscal para las viudas.

(227) Véase la acusación de "ceguera judicial" hecha por TRIBE, pgs. 1072-73. Efectivamente, quizás la única explicación razonable sea la expuesta por J. Rehnquist en Gilbert de que el embarazo se distingue de las restantes "enfermedades" por su voluntariedad, pero el plan también cubría "enfermedades voluntarias" de los hombres como la vasectomía, lo cual hace la decisión pura y simplemente absurda. En general, sobre una comparación entre los riesgos cubiertos por el plan de California, véase Bartlett, Pregnancy and the Constitution: The Uniqueness Trap, 62 Cal L Rev 1532, 1561-63 (1964).

(228) Levy v. Louisiana, 391 US 68 (1967). Sin embargo el TS nunca ha hablado expresamente de la filiación legítima como categoría sospechosa.

- (229) Véase el intento de distinción de Trimble v. Gordon, 430 US 762 (1977), sólo un año más tarde, por J.Powell en Lalli v. Lalli, 439 US 259 (1978). Realmente los casos eran indistinguibles.
- (230) 406 US 164 (1972).
- (231) Un año antes se había permitido lo mismo pero no con compensaciones por accidentes de trabajadores sino con las legítimas sucesorias. Véase Labine v. Vincent, 401 US 532 (1971). La diferencia parecía por tanto residir en la distinta naturaleza de los beneficios. Levy, supra nota 229, sin embargo, había prohibido la discriminación en la indemnización por muerte como régimen general de responsabilidad civil.
- (232) Véase Davis v. Richardson, 342 F Supp 588, affirmed 409 US 1069 (1972) y Griffin v. Richardson, 346 F Supp 1226, affirmed 409 US 1069 (1972).
- (233) 411 US 619 (1973). Per curiam.
- (234) Recuérdense ahora el voto particular de J. Douglas en King v. Smith, 392 US 309 (1968) supra notas 191 y ss. y el texto que las acompaña y Jimenez v. Weinberger, 417 US 628 (1974) supra pgs. 369 y ss.
- (235) 427 US 495 (1976).
- (236) 403 US 365 (1971).
- (237) Citando la célebre nota 4 de Carolene.
- (238) Es decir, la consideración de que el régimen de extranjería es competencia federal y no estatal. Véase Note,

- 1009 -

The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection, 31 Stan L Rev 1069 (1979).

(239) 426 US 67 (1976).

(240) Véase TRIBE, pgs. 1092-98.

(241) Véase supra *pgs 737 y ss.*

(242) 413 US 508 (1973).

(243) Household es la unidad familiar de cómputo para el programa food stamps.

(244) 422 US 749 (1975).

(245) Véase TRIBE, pgs. 1095-97, notas 25-28.

(246) Véase supra *notas 161 y 171.*

(247) 394 US 618 (1969).

(248) Véase supra texto que acompaña a la nota 44.

(249) 374 US 398 (1963).

(250) Véase el acertado voto concurrente de J. Stewart.

(251) Véase la línea jurisprudencial anterior salvaguardando las leyes de calendarios laborales y comerciales contra los que por religión alegaban no poder trabajar en sábado. McGowan v. Maryland, 366 US 420 (1961) y Braunfeld v. Brown, 366 US 599 (1961).

(252) 49 USLW 4341 (1981).

- (253) En este caso ya todo el TS ha reconocido abiertamente el conflicto entre las dos cláusulas constitucionales religiosas por lo que parte del argumento se limitaba a citar Sherbert. Véase 49 USLE 4341, 4344-45 (1981).
- (254) Véase Brown I, 347 US 483 (1954). Véase supra Capítulo II.
- (255) Véase supra Capítulo II.
- (256) 406 US 535 (1972). Véase supra *nota 182*.
- (257) Véase supra *pgs. 453 y ss.*
- (258) 434 US 374 (1978).
- (259) C.J.Burger y J.J. Brennan, White y Blackmun.
- (260) J.J.Powell y Stevens se negaron a declarar al matrimonio "fundamental" por miedo a que ello pusiera en duda la constitucionalidad de muchos de los clásicos impedimentos legales.
- (261) Califano v. Jobst, 434 US 47 (1977).
- (262) J. Stevens en su opinión en Zablocki.
- (263) Véase, especialmente, Ely, Foreword: On Discovering Fundamental Values, 92 Harv L Rev 5, 11-12 (1978).
- (264) Véase Maher v. Roe, 97 S Ct 2376 (1977) y Harris v. McRae, 448 US — (1980). Appleton ha hecho de estos casos el argumento más fuerte frente a los que pretendían que se había producido la constitucionalización de los welfare rights. Véase Appleton, Op. cit. supra nota 8, pgs.724-29.

(265) Véase texto que acompaña y sigue a la nota 15.

(266) 410 US 656 (1973). Per curiam.

(267) Esta es una de las sentencias que más magnifica la jurisprudencia de los valores.

(268) Véase texto que acompaña a las notas 176-180.

(269) Id..

(270) Véase infra pgs 970 y ss.

(271) Mathews v. De Castro, 429 US 18, 185 (1976); Schweiker v. Wilson, 49 USLW 4207, 4213 (1981).

(272) Véase Schweiker v. Wilson, supra nota anterior, donde la clasificación se sostuvo al considerar legítimo el interés consistente en evitar gastar fondos federales de ayuda a individuos cuyo tratamiento y cuidados son provistos por unidades locales y estatales de gobierno. Esta finalidad de la ley era tan falsa, por racionalizada a posteriori, como la alegada por los que hicieron el voto particular.

(273) Véase mi trabajo supra nota 1274, (Capítulo IV).

(274) Véase id..

(275) Véase supra Capítulo II.

(276) Véase, en general, JACOBS, THE ELEVENTH AMENDMENT AND SOVEREIGN IMMUNITY (1972). Véase igualmente un resumen sistemático de estas normas en NOWAK et al., pgs. 50-53.

- (277) Parden v. Terminal Railway, 377 US 184 (1964).
- (278) Fitzpatrick v. Bitzer, 427 US 445 (1976).
- (279) Employees v. Missouri Department of Public Health & Welfare, 411 US 279 (1973). La simple extensión del ámbito de una ley era lo que ocurría en Fitzpatrick, supra nota anterior, por lo que no era el motivo, sino la cláusula habilitante que en la Fair Labor Standards Act era la cláusula de comercio. Conviene recordar que esta ley sería la declarada luego inconstitucional en National league of Cities.
- (280) Edelman v. Jordan, 415 US 651 (1974).
- (281) Véase supra pgs. 912 y ss.
- (282) Véase nota 280.
- (283) Este principio ha sido igualmente el que ha motivado el límite del alcance de la Sección 1983 a los Estados en Quern v. Jordan, 440 US 332 (1979). Véase supra pgs. 59 y ss.
- (284) Título VII de la Civil Rights Act. Fitzpatrick examinaba precisamente su extensión en 1972 a los empresarios "gubernamentales o locales".
- (285) Véase Michelman, Op. cit. supra nota 62.
- (286) Véase TRIBE, pgs. 313 y ss..
- (287) Appleton, Op. cit. supra nota 8, pg. 719.
- (288) Véase, en el mismo sentido, POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF

LAW (2^a ed., 1977), pgs. 503-04.

(289) Bork, Op. cit. supra nota 4, pg. 695.

(290) Véase texto que precede a la nota 183.

(291) Véase texto entre las notas 152 y 153.

(292) Véase texto que acompaña y sigue a la nota 85.

(294) "Al contrario que otros preceptos constitucionales, la cláusula igualdad no confiere derechos ni crea libertades sustantivos" (Voto concurrente de J. Stewart en San Antonio).

(295) Véase supra pgs. 453 y ss.

(296) Michelman, Op. cit. supra nota 13, pg. 12.

(297) 314 US 160 (1941).

(298) Véase supra pp. 948

(299) Véase supra pp. 916 y ss.

(300) Véase supra pp. 905 y ss.

(301) Compárese Williams v. Illinois, 399 US 235 (1970) con Griffin v. Illinois, 351 US 12 (1956) en el campo del acceso a la justicia.

(302) ~~Prácticamente~~ sólo Tribe y Michelman.

(303) Véase McCurdy, Op. cit. supra nota 578 del Capítulo IV.

- (304) Véase Tushnet, Op. cit. supra nota 12.
- (305) Véase supra *pgs. 632 y ss.*
- (306) Véase Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council, 425 US 748 (1976).
- (307) Véase Bates v. State Bar of Arizona, 433 US 350 (1977).
- (308) Véase especialmente la opinión mayoritaria de J. Blackmun.
- (309) Véase *Howard, Op. cit. infra nota 413.*
- (310) Véase supra *pgs 632 y ss.*
- (311) Véase supra *pgs. 453 y ss.*
- (312) Así lo ha interpretado Tushnet, Op. cit. supra nota 12.
- (313) Véase NAACP v. Button, 371 US 415 (1963), que fue el primero. Véase un comentario en *TRIBE*, pgs. 1112-13.
- (314) 421 US 995, affirmed mem. 384 F Supp 434 (W D Tex., 1974).
- (315) Véase *MILLER, THE SUPREME COURT AND AMERICAN CAPITALISM* (1968) Cap. 3.
- (316) *CORWIN, LIBERTY AGAINST GOVERNMENT* (1949), pg. 161.
- (317) Hace tiempo que se sugirió, por Arthur S. Miller por ejemplo, que el giro de 1937 simplemente sustituyó a Spencer por Thomas Hill Green. Véase Miller, An Affirmative Thrust to Due Process of Law ?, 30 Geo Wash L Rev 399 (1962).

- (318) Véase Miller, Toward a Concept of Constitutional Duty, 1968 S Ct Rev 199.
- (319) Pekelis, The Case for a Jurisprudence of Welfare, en LAW AND SOCIAL ACTION (1950), pg. 1.
- (320) Michelman, Op. cit. supra nota 6 (1973), pg. 1004 donde recoge en nota a pie de página varios preámbulos de leyes típicas del welfare state.
- (321) Véase Michelman, Op. cit. supra nota 13.
- (322) Véase, por ejemplo, su cita literal en Serrano v. Priest, 5 Cal 3d pg. 603 n. 19, 487 P 2d pgs. 1254-55 n. 19 (el caso equivalente a San Antonio pero en California).
- (323) Michelman, Op. cit. supra nota 13, pg. 27.
- (324) Id., pgs. 27-28.
- (325) Id., pg. 18.
- (326) Véase supra *pg. 931*.
- (327) Véase supra nota 246.
- (328) 427 US 495 (1976).
- (329) Véase supra *pg. 944*
- (330) TRIBE, pg. 1059 n. 17.
- (331) Véase supra *todos los casos de discriminación por razón de sexo.*
- (332) Véase supra texto que acompaña a las notas ^{233 y 234.} ~~233 y 234.~~

- (333) Véase supra texto que acompaña a las notas 240 y ss..
- (334) Véase supra pg. 947.
- (335) Véase supra pgs 398 y ss
- (336) Véase supra pgs. 453 y ss.
- (337) Véanse un resumen de estas explicaciones en Michelman, Op, cit, supra nota 6 (1979) Apéndices A y B.
- (338) Véase supra pg. 914
- (339) Véase supra pgs. 917-18.
- (340) Véase Thorpe v. Housing Authority, 393 US 268 (1969).
- (341) Véase supra pg. 936
- (342) Michelman, Op. cit. supra nota 6 (1979), pg. 688.
- (343) Véase TRIBE, pgs. 1135-36.
- (344) Véase supra pg 931.
- (345) Clune, Op. cit. supra nota 29, pg. 334.
- (346) Véase supra pgs 909 y 911.
- (347) Véase supra pg. 955.
- (348) Véase supra pgs. 407 y ss.
- (349) Véase supra pgs 493 y ss.

- (350) Véase Michelman, Op. cit. supra nota 6 (1973).
- (351) Véase Grey, Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice, 28 Stan L Rev 877 (1976).
- (352) Véase, por ejemplo, Bork, Op. cit. supra nota 4.
- (353) Véase supra *pp. 936.*
- (354) Véase Michelman, Op. cit. supra nota 6 (1979), pgs. 677-79.
- (355) Brown I, 347 US 483 (1954).
- (356) Véase supra *pgs. 927 y ss.*
- (357) El resumen de Winter es del propio Michelman, Op. cit. supra nota 6 (1979), pg. 659.
- (358) Winter, Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause, 1972 S Ct Rev 41, 100.
- (359) Véase infra *pgs. 978 y ss.*
- (360) Fue lo que hizo el Tribunal Supremo de California en Serrano v. Priest. Véase Karst, Op. cit. supra nota 142, pg. 754.
- (361) Véase supra *Capítulo II:2:B.*
- (362) Véase, por ejemplo, la bibliografía citada en Karst, Op. cit. supra nota 142.
- (363) El principio de subsidiariedad, terminología que procede de COONS, CLUNE & SUGARMAN, Op. cit. supra nota 140 y

- (362) de los mismos autores, Educational Opportunity: A Workable Constitutional Test for State Financial Structures, 57 Cal L Rev 305, 318 y ss (1969). equivale a nuestro principio de autonomía local pero sin su fuerza pues el el "home rule" es un principio estatal y no federal, dependiendo de lo que dispongan las constituciones estatales.
- (364) Bennett, Liberty, Equality and Welfare Reform, 68 NWU L Rev 74, 99 (1973).
- (365) Véase Frug, Op. cit. supra nota 2,
- (366) Véase supra Capítulo II: 2: B.
- (367) Michelman, Op. cit. supra nota 6 (1973), pg. 1006.
- (368) Véase supra pgs 701 y ss.
- (369) Véase supra Westcott, pgs. 212 y ss.
- (370) Véase supra pgs. 696 y ss.
- (371) Véase supra notas 317 y ss y el texto que les acompaña.
- (372) Véase supra id.. y supra Capítulo II, pgs. 81 y ss.
- (373) Véase BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1977).
- (374) Appleton, Op. cit. supra nota 8, pg. 724.
- (375) DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1977), pgs. 90-93.
- (376) Véase supra pgs 473 y ss.

(377) Véase supra *pgs. 934 y ss.*

(378) Reich, The New Property, 73 Yale L J 733 (1964).

(379) Id., pg. 787.

(380) Reich, Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues, 74 Yale L J 1245 (1965).

(381) Véase la adopción de su terminología por el TS en Goldberg v. Kelly, 397 US 254, 262 n. 8 (1970).

(382) Véase supra *pgs 398 y ss*

(383) Véase supra *pag. 398 y ss.*

(384) 387 US 369 (1967).

(385) Véase supra *pgs 559 y ss.*

(386) Por ejemplo, C. Black, Foreword: 'State Action', Equal Protection, and California's Proposition 13, 81 Harv L Rev 69 (1967).

(387) Michelman, Op. cit. supra nota 6 (1973), pgs. 1013-14 n. 149.

(388) Véase infra *pgs. 398 y ss.*

(389) Véase supra notas 382-83 y el texto que las acompaña.

(390) Karst & Horowitz, Reitman v. Mulkey: A teleophase of Substantive Equal Protection, 1967 S Ct Rev 39, 45. —

(391) GUNTHER, pg. 647.

- (392) Véase supra *notas 382, 383 y el texto que las acompaña.*
- (393) 447 US — (1980).
- (394) O'Bannon es desde luego uno de los casos típicos de la contrareacción del Tribunal Burger.
- (395) ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980), pg. 182.
- (396) Véase supra *pgs. 920 y ss.*
- (397) Véase supra *pgs. 933 y ss.*
- (398) Véase supra *pgs. 916 y ss.*
- (399) 435 US 78 (1978).
- (400) Véase un resumen de este procedimiento (avisos, observación por siete médicos, discusiones con el decano... etc.) en TRIBE, 1979 SUPPLEMENT, pg. 53, aparte, naturalmente de la propia sentencia, donde se detallan.
- (401) Así opina igualmente el profesor Howard (conversación personal).
- (402) NOWAK et al., pgs. 497-98, son los únicos que clasifican esa doctrina dentro del due process y no como variante de la cláusula de igualdad que es lo normal.
- (403) 414 US 632 (1974).
- (404) 423 US 44 (1975). Per curiam.
- (405) Véase supra *pgs. 941-42.*

(406) En el mismo sentido véase TRIBE, pgs. 1084-85.

(407) En el caso concreto de LaFleur el TS incluso especuló irónicamente con los posibles motivos (que los alumnos no hicieran sonrojarse a las profesoras embarazadas a la vez que evitar que el sexo se les subiera a la cabeza) que de haber sido alegados habrían hecho de la norma una totalmente irracional por desacoplamiento de medios y fines.

(408) Véase supra pgs. 212 y ss.

(409) Véase supra pgs 352 y ss.

(410) Véase supra pg. 537.

(411) Véase supra pgs 550 y ss.

(412) Véase, en este sentido, aparte de los ya citados anteriormente, Krislov, The OEO Lawyers Fail to Constitutionalize Right to Welfare: A Study in the Uses and Limits of the Judicial Process, 58 Minn L Rev 211 (1973).

(413) Véase, en general, Mendelson, From Warren to Burger: The Rise and Decline of Substantive Equal Protection, 66 Am. Pol Sci Rev 1226 (1972), y, en el mismo sentido, Howard, The Burger Court: A judicial Nonet Plays the Enigma Variations, 43 L & Cont Prob 7, 11 (1980).

VI.- A MODO DE CONCLUSIONES.

Tratar de resumir en una o varias tesis los diferentes aspectos que en el estudio de la naturaleza de la justicia constitucional afloran, es realmente algo difícil de lograr, pues toda afirmación tajante en este campo encuentra su par que a veces la niega, las más la matiza.

Estamos decididos, sin embargo, a no eludir la tarea. Para ello presentamos varias proposiciones, que no tesis, salvo que retornemos a la noción de tesis que en otros tiempos era común en las Universidades europeas (1); proposiciones que podrían asegurarse que, aún susceptibles de matización y con la propia negación ínsita en ellas mismas, son defensibles sobre la base de los datos que los capítulos anteriores han proporcionado.

Proposición 1.- Por mucho que el tribunal sea el "Último -- Guardián de la Constitución (2)" o que él mismo afirme que "nada de lo que afecta a los derechos fundamentales le es ajeno (3)", - existe un límite en esa función de tutela.

Cuando del "no hacer" se pasa al "obligar a hacer" a otros poderes públicos o, si se prefiere, cuando del juzgar en abstracto, creando una "subnorma" constitucional equivalente a la Constitución misma, se pasa al hacer ejecutar lo juzgado, a procurar el efectivo cumplimiento de la Constitución, los tribunales pueden chocar, y chocan, con los presupuestos de su propia naturaleza institucional y con principios jurídico-constitucionales sustantivos que atribuyen esa labor a otros poderes públicos.

Nuestro ordenamiento es todavía muy parco en técnicas jurídicas que aseguren la efectividad de lo juzgado. Aunque éstas se potencien progresivamente al máximo, existe un límite, claro en el fondo, borroso en la línea exacta, que ningún tribunal puede salvar so pena de convertirse en Guardián a costa de dejar de ser Tribunal.

Creemos que el capítulo II de esta tesis demuestra suficientemente cómo la efectividad de un texto fundamental depende tanto del Tribunal Constitucional como de una auténtica asunción — por todos aquéllos que por oficio público o por delegación están llamados a guiarse por el artículo 9 de nuestra Constitución.

Proposición 2.— El formalismo jurídico que intenta delimitar los efectos de los fallos de los Tribunales Constitucionales, como intento de racionalización de la función de la justicia — constitucional, puede operar por medio de la plasmación de esos límites formales en las Leyes que regulan la organización, competencia y funciones de los Tribunales Constitucionales, pero es dudoso que esos límites sean una constatación "legalizada" de — qué deba entenderse por administración de justicia y, en concreto, por administración de la justicia constitucional.

Los Tribunales Constitucionales tienen en ellos un límite — insalvable, pero si no existieran tales límites, tampoco podría decirse que la justicia constitucional habría dejado de serlo.

Creemos que el capítulo III de esta tesis demuestra esta — proposición a la vez que sus matizaciones y límites.

Proposición 3.— Los principios jurídicos no son neutrales — pues su contenido soporta juicios de valor ajenos o exteriores a sí mismos. Su función es meramente formal en el sentido de que — invierten la tradicional función, en sentido subjetivo, que el — juez cumple al administrar justicia.

No se trata tanto de solucionar un conflicto privado, inter partes, de intereses que son llevados ante el juez o tribunal, — como de fijar las reglas por los que la solución debe alcanzarse. Si los tribunales ordinarios tienen la tendencia a actuar en el primer sentido: procurar una solución de la que la motivación es un mero complemento exigido (4), pero no inherente a la función, los Tribunales Constitucionales actúan en sentido inverso: lo importante es la motivación, la regla o "subnorma" que, derivada —

de la Constitución, otorga la solución que viene a convertirse - en mera consecuencia de la regla. La previsibilidad de solución de casos análogos futuros se considera elemento esencial de la - justicia constitucional.

Probablemente ambos elementos, intuición y motivación con-- forme a principios, juegan en todo tribunal, pero el predominio de la segunda forma de actuar la justicia en los Tribunales Cons-- titucionales es patente (proposición) y probablmente (y esto no es proposición, sino profecía) acabe también por influenciar el entendimiento de la función de juzgar a nivel ordinario. Creemos que el apartado IV, 2 de esta tesis razona suficientemente esta proposición.

Proposición 4.- La interpretación judicial de la Constitu-- ción no es la única interpretación posible de la Ley Fundamental.

Los conceptos jurídicos indeterminados o los mandatos ambi-- guos, que toda Constitución contiene, pueden ofrecer interpreta-- ciones divergentes.

En primer lugar, existen preceptos no judicializables en el sentido de que la Constitución deja su interpretación a órganos no judiciales. La necesidad de armonizar disposiciones autonómi-- cas (5), la apreciación de la puesta en efectividad del aspecto más dramático del artículo 155 de la Constitución española, el - nombramiento del titular de la Corona conforme a los intereses - generales de la Nación cuando se extingue la línea sucesoria (6), ... y, para nosotros, desde luego, la urgencia de los Decretos- Leyes (7), pese a lo que el Tribunal Constitucional vaya a decir, puede que incluso antes de que esta tesis sea sometida a la crí-- tica global que esperamos recibir con la mentalidad más abierta imaginable, no son más que ejemplos patentes de ausencia de com-- petencia aunque no de jurisdicción. No estimamos aplicable a Es-- paña la doctrina de las cuestiones políticas en su aspecto de -- falta de jurisdicción, pero sí en su fundamento deferencial ha-- cia otros poderes públicos.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional no tiene en España el monopolio del enjuiciamiento constitucional. O, mejor dicho, sólo en el orden público constitucional, los valores esenciales de los artículos 14 a 29 y la objeción de conciencia del 30, el monopolio es, y debe ser, absoluto. En el resto, no existe mecanismo jurídico alguno que asegure que interpretaciones -- constitucionales del poder judicial, divergentes de la doctrina del Tribunal Constitucional, puedan ser revisadas. Este "problema" no es tan patente en los sistemas de jurisdicción difusa como el que ha sido objeto de examen en esta tesis, pero diversos aspectos de la misma (8) lo ponen igualmente de relieve.

En tercer lugar, incluso en los temas plenamente judicializables por el Tribunal Constitucional el proceso interpretativo se manifiesta en la creación de "subnormas" constitucionales, -- "subnormas" que puede pretender formular otro poder público porque la conexión con el concepto jurídico indeterminado puede --- existir pero no ser tan patente. Estas son las áreas más conflictivas para los Tribunales Constitucionales. El derecho a la vida ... ¿consagra la inconstitucionalidad del aborto?, la libertad de expresión ... ¿consagra el libre establecimiento de emisoras por ondas?, la aconfesionalidad del Estado ... ¿consagra el principio de denegación de cualquier subvención de fondos públicos a las iglesias constituidas? ... etc., etc.

La respuesta no es uniforme. La conexión de la "subnorma" -- con el principio jurídico indeterminado constitucional no impide a los Tribunales Constitucionales decidirlas, pero el principio democrático en la decisión de valores o intereses sustantivos -- creemos que debe ser objeto de un cuidadísimo examen. La tesis de Ely (9) marca una pauta que no compartimos en su integridad -- pero sí en sus fundamentos básicos.

Proposición 5.-- La dicotomía interpretación política-interpretación jurídica es falsa.

No lo es a nivel abstracto, sí a nivel real. Ningún Tribu--

nal Constitucional fundamenta en motivos de conveniencia la sentencia y, si lo hace, es por pura retórica. Desde el momento en que la conveniencia es enjuiciada se subsume en principios jurídicos (10) o, como mínimo, al decir de Fuller, lo que convierte la interpretación en jurídica es que la haga un tribunal. La institución "tipifica" la interpretación, y no al revés (11).

Proposición 6.- Toda decisión del Tribunal Constitucional - es política.

Pero lo es no en el sentido de que el proceso interpretativo sea político, sino en el de que afecta a la cosa pública. La crítica tanto doctrinal como popular es un elemento absolutamente esencial en el recto funcionamiento de la institución (12).

Proposición 7.- El fenómeno más arbitrario de cuantos operan en el proceso de interpretación judicial de la Constitución lo constituye la elección de la "fuente interpretativa" adecuada.

Los métodos interpretativos pueden claramente llevar a principios jurídicos diversos. Intentar hacer primar a priori unos sobre otros, es inútil. La mejor forma de limitar la arbitrariedad consiste en exigir a los Tribunales Constitucionales un especial cuidado en manifestar, cuando existan, esas contradicciones, para que puedan ser objeto de crítica sus decisiones en favor de - uno concreto (proposición 6) (13) y en exigir la mayor fijación posible de la operatividad de cada método en cada cláusula concreta de cada precepto constitucional determinado (14), pero, a la vez, en reconocer que la especificación de un método concreto en la interpretación de determinada cláusula de determinado precepto no es un dogma y puede ser sometida a revisión (15).

Proposición 8.- Los métodos en sí mismos son ilimitables.

La tradición jurídico-social de cada país puede intentar codificar lo incodificable (y el artículo 3 de nuestro Código Civil es el símbolo prototípico). El utilizar métodos no incluidos

en "lo codificado" no hace de la jurisprudencia algo político - en vez de jurídico. Hace, por el contrario, de "lo codificado" algo obsoleto. No propugnamos con ello la introducción abierta de métodos ajenos a nuestra tradición como pueda ser la empirical jurisprudence (16), pero sí la abrimos las puertas frente a rechazos apriorísticos de carácter dogmático.

Proposición 9.- Existen unos métodos de interpretación más arbitrarios que otros.

Quizás la jurisprudencia de intereses (17) sea el método - constitucional de interpretación que más arbitrariedad ofrece - en comparación con los supertradicionales textual y originalistas (18), dado que el auténtico fundamento del fallo reside en una jerarquización de intereses que se basa en sí misma. Los métodos más arbitrarios son tan ineludibles como los restantes, - pero, en principio, su supletoriedad parece imponerse (19).

Proposición 10.- Los valores, intereses, derechos o bienes ... constitucionales son utilizables tanto a nivel de norma como a nivel de principios.

Su operatividad es distinta, pero en ambos casos perfectamente jurídica. Tanto unos como otros operan en los Tribunales Constitucionales, y probablemente en todo tribunal, siendo conveniente la diferenciación de su distinto papel en el proceso de interpretación judicial, que no la hecha por otros poderes públicos, de la Constitución (20), y presentando quizás la forma más adecuada que se conoce en los ordenamientos occidentales de tratar el difícilísimo tema de los derechos prestacionales.

Quizás estas proposiciones pudieran complementarse con --- otras muchísimas de carácter más específico, especialmente las referentes a cada método de interpretación que hemos examinado en el capítulo IV.

No queremos insisitr, aunque sí animar a la puesta en discusión de absolutamente todas ellas.

NOTAS AL CAPITULO VI

- (1) Consúltese por ejemplo la tesis de Goethe.
- (2) Art. 1 LOTC
- (3) Véase la sentencia de 17 de julio de 1981. Recurso de amparo nº 203 y 216/1980. Boletín Oficial del Estado de 13 de agosto. pg. 11, in fine.
- (4) Véase art. 120,3 de nuestra Constitución.
- (5) Véase art 150,3 de nuestra Constitución.
- (6) Véase art. 57,3 de nuestra Constitución
- (7) Véase art. 86 de nuestra Constitución
- (8) Véase Capítulo II
- (9) Véase Capítulo IV, pgs. 501 y ss..
- (10) Véase Capítulo IV, pgs. 493 y ss.
- (11) Véase Capítulo IV, pgs. 528 y ss..
- (12) Véase Capítulo IV, pgs. 478 y ss; 653 y ss..
- (13) Véase Capítulo IV, pgs. 663 y ss..
- (14) Véase Capítulo IV, pgs. 338 y ss y 589 y ss.
- (15) Véase Capítulo III, pgs. 219 y ss y Capítulo IV, 338 y ss así como 522 y ss.

(16) Véase Capítulo IV, pgs. 708 y ss..

(17) Véase Capítulo IV, pgs. 569 y ss..

(18) Véase Capítulo IV, pgs. 311 y ss.

(19) Véase Capítulo IV, pgs. 589 y ss..

(20) Véase Capítulo V, pgs. 970 y ss..